

340.1
D67N1

Álvaro d'Ors

Nueva introducción al estudio del derecho

de m. m. m. m. m.

546943



Primera edición, 1999

Ay x 3375

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 1999, by Álvaro d'Ors

Civitas Ediciones, S. L.

Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid (España)

ISBN: 84-470-1223-9

Depósito legal: M. 18.592-1999

Compuesto en Producciones Gráficas Fervén, S. L.

Printed in Spain. Impreso en España

por Closas-Orcóyen, S. L. Paracuellos de Jarama (Madrid)

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA

LUIS DíEZ-PICAZO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

AURELIO MENÉNDEZ

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

PRESENTACIÓN	15
--------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO
CONCEPTOS GENERALES

I. <i>El estudio del derecho:</i> 1. «Derecho» y «ius».—2. Estudio humanístico y no social	17
II. <i>Cosas y personas:</i> 3. El patrimonio.—4. Ámbito judicial.—5. Hombre y persona.—6. Capacidad de las personas	20
III. <i>Representación:</i> 7. Representantes y sucesores.—8. Personalidad jurídica	23
IV. <i>Objeto y sujeto:</i> 9. Persona y sujeto.—10. Los llamados derechos subjetivos.—11. Derechos «humanos».—12. «Preferencias» y «servicios»	26
V. <i>Derecho positivo y derecho natural:</i> 13. Sentido común.—14. Juicio divino.—15. Aparentes excepciones.	29

VI.	<i>Naturaleza de las cosas:</i> 16. Relatividad.— 17. Economía.—18. Ecología	32
VII.	<i>Causa:</i> 19. Causa y fin.—20. Casos.— 21. Responsabilidad personal	34
VIII.	<i>Autoridad judicial:</i> 22. Proceso.—23. «Di- visión de poderes» y «Estado de Dere- cho».—24. Arbitraje	37
IX.	<i>Evidencia de los hechos:</i> 25. Pruebas judi- ciales.—26. Presunciones	41
X.	<i>Derecho público y derecho privado:</i> 27. Jui- cios civiles, contencioso-administrativos y penales.—28. Posición justa: situaciones y relaciones	45
XI.	<i>Las asignaturas jurídicas:</i> 29. Derecho civil.—30. Derecho canónico.—31. Dere- cho constitucional, político y de la Admi- nistración; derecho procesal.—32. Otras asignaturas de derecho público	48
XII.	<i>Historia y Filosofía del Derecho:</i> 33. Los precedentes institucionales.—34. Filosofía jurídica.—35. Metahistoria jurídica.— 36. Derecho comparado y unificación jurí- dica	54
XIII.	<i>Fuentes del derecho:</i> 37. Ley y Estado.— 38. Positividad y vigencia del derecho.— 39. Derechos forales.—40. Jurisprudencia de los Tribunales	59
XIV.	<i>Libros jurídicos:</i> 41. Colecciones de tex- tos.—42. Códigos.—43. Divisiones de los textos legales.—44. Privilegios.—45. Muta- bilidad de la ley.—46. Degradación de la forma legal	62
XV.	<i>Imperatividad de la ley:</i> 47. Libertad ci- vil.—48. Régimen de aplicación de los pre- ceptos jurídicos.—49. Norma y regla	67
XVI.	<i>Obligatoriedad moral de la ley:</i> 50. Igno- rancia del derecho.—51. Imprudencia del incumplimiento	69

XVII.	<i>Derecho, Ética y Moral:</i> 52. Deberes éticos y deberes morales.—53. Justicia.—54. Prudencia del derecho.—55. Seguridad jurídica.—56. Apelabilidad	71
XVIII.	<i>Equidad, interpretación, buena fe:</i> 57. Ley y equidad.—58. Interpretación.—59. Lealtad y buena fe	78
XIX.	<i>Deslealtad e ilicitud:</i> 60. Dialéctica judicial.—61. Ilícitud y delito	81
XX.	62. Definición del derecho	85

CAPÍTULO SEGUNDO
EL DERECHO PROPIAMENTE DICHO

XXI.	<i>Actos jurídicos privados:</i> 63. El derecho propiamente dicho.—64. Personas-cosas-acciones.—65. El acto jurídico personal ..	87
XXII.	<i>Capacidad personal:</i> 66. Incapacidad e inhabilitación.—67. Igualdad y desigualdad humana.—68. La familia, reserva de desigualdad natural	91
XXIII.	<i>Actos jurídicos:</i> 69. Declaraciones jurídicas.—70. Causas y grados de invalidez.—71. Revocación y resolución.—72. Términos y condiciones	95
XXIV.	<i>Actos de efectos reales:</i> 73. Preferencias reales.—74. La posesión.—75. Causas de la posesión	100
XXV.	<i>Actos de efecto obligacional:</i> 76. Preferencias personales.—77. «Dar» y «hacer»; divisibilidad e indivisibilidad de la obligación.—78. Causas de las obligaciones	107
XXVI.	<i>Los contratos:</i> 79. Synállagma.—80. Arquetipos contractuales.—81. Sociedad contractual.—82. Permuta de bienes	111
XXVII.	<i>El servicio laboral:</i> 83. Contrato de traba-	

	jo.—84. El trabajo, como servicio por excelencia	118
XXVIII.	<i>Obligaciones no-contractuales:</i> 85. Préstamos.—86. Usura.—87. Las estipulaciones..	120
XXIX.	<i>Interferencias obligacionales:</i> 88. Actos obligacionales mixtos.—89. Configuraciones alternativas	126
XXX.	<i>Clases de cosas:</i> 90. Uso y consumo de las cosas.—91. Géneros y especies	129
XXXI.	<i>El suelo:</i> 92. La Tierra y el Espacio.—93. Apropriación del suelo y dominio público eminente.—94. Bienes accesorios	131
XXXII.	<i>El dinero:</i> 95. Valor nominal.—96. La inversión de capital en la empresa capitalista	134
XXXIII.	<i>Cosas incorporales:</i> 97. Valores.—98. Las preferencias inmateriales	138

CAPÍTULO TERCERO LA ORGANIZACIÓN SOCIAL

XXXIV.	<i>Estado y Política:</i> 99. Prudencia política.—100. Accidentalidad histórica del Estado.—101. Concepto de Estado	141
XXXV.	<i>El orden de los grupos sociales:</i> 102. Crisis del Estado.—103. Formación natural de los grupos sociales.—104. Principio de subsidiariedad	146
XXXVI.	<i>La familia:</i> 105. La comunidad familiar, primer grupo social.—106. El matrimonio, enlace interfamiliar.—107. La legitimidad familiar.—108. La potestad de los progenitores.—109. Carencia de personalidad jurídica	151
XXXVII.	<i>Grupos suprafamiliares:</i> 110. Territorios menores.—111. Regiones y naciones.—112. Constitución nacional	157

ÍNDICE

XXXVIII.	<i>El gobierno nacional:</i> 113. Clasificación tradicional de las formas de gobierno.—114. Decadencia de la aristocracia.—115. La democracia.—116. Partidos políticos	162
XXXIX.	<i>Defensa social:</i> 117. Legítima defensa.—118. La guerra.—119. Crisis de la guerra interestatal.—120. Pena de muerte.—121. La Victimología	169
XL.	<i>Organización supranacional:</i> 122. Universalismo supranacional.—123. La Unión Europea.—124. Unificación del derecho privado.—125. Grandes espacios.—126. La Ética del gran espacio	180
ÍNDICE TÓPICO		189
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS COMPLEMENTARIAS		207

Nueva introducción
al estudio del derecho

PRESENTACIÓN

Al final de una vida de reflexión, parece imponerse la necesidad de recapitular la propia obra. Esta es la razón de que este libro no aparezca como «novena edición», sino como una «nueva introducción». Aunque su estructura general y sus dimensiones sean aproximadamente las anteriores, la redacción es enteramente nueva, pues he procurado ajustar mejor mis conclusiones sobre el estudio del derecho, en atención a los cambios profundos de nuestra época; sin alterar los principios generales que venía manteniendo, pero con una formulación más clara, radical y coherente, que facilite la comprensión y la crítica, sobre todo, de los jóvenes lectores, de los que espero una actitud menos adicta al tópico de la «corrección política» que ha dominado en estos finales del siglo XX, pero no a mí.

No puedo dejar de agradecer las útiles observaciones que, con la lectura atenta de este nuevo texto, me hicieron Ana María Alvarado (Monterrey), Jesús Burillo (Murcia) y Rafael Domingo (Pamplona); y a «Civitas Ediciones» esta nueva aceptación de una obra mía.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS GENERALES

I.—1. La palabra «d e r e c h o» significa lo que es «recto» (*directum*), «no-torcido», y son los jueces, a cuyo criterio decisorio podemos, con cierta probabilidad, anticiparnos mentalmente, quienes deciden con efectos sociales sobre lo que es recto o no. El término latino correspondiente era *ius*, que significa lo «ajustado» para resolver un conflicto; de ahí deriva hoy el adjetivo «j u r í d i c o» para referirse a todo lo que atañe al derecho; así como «f o r e n s e» (de «foro», lugar en que actúan los jueces) se refiere a todo lo relativo a la actividad de los juicios.

En latín, «*iuridicus*» significa «el que declara o enseña el derecho»; lo que también podríamos aplicar al juez que juzga sobre el derecho. El lenguaje moderno ha relajado la concreción de este antiguo adjetivo latino, pero es menos admisible esa relajación por contaminación de lenguas vernáculas en el latín moderno.

Lo que es conforme al *ius* se llamaba *iustum*, y lo contrario al *ius* era la *in-iuria*, de donde «injuria», es decir, la conducta contraria al derecho. La palabra *iniuria* se concretó, en derecho romano, para designar el delito de lesiones corporales o morales, y el de estas últimas, en el derecho moderno.

2. El estudio del derecho es un estudio de libros; no de cosas, fenómenos o números; no requiere instrumentos mecánicos ni laboratorios. Es, en este sentido, un estudio «literario» del grupo de las Humanidades, todas ellas referidas a textos, y no a hechos: a *verba* y no a *facta*.

Las disciplinas científicas —entendiendo por «ciencia» todo conocimiento racional sistemático— se dividen en tres grandes grupos: humanísticas, naturalísticas y geonómicas. Las humanísticas se refieren a los testimonios escritos de la conciencia personal; las naturalísticas, a la realidad de los fenómenos físicos; las geonómicas, a la relación real entre masa humana y espacio. Tanto las naturalísticas como las geonómicas se valen del conocimiento directo de los hechos, que podemos llamar «experiencia». Respecto a las ciencias geonómicas, la experiencia es pasiva, de percepción de lo dado en la realidad; respecto a las naturalísticas, puede ser también activa, es decir, por experimentación de fenómenos provocados por el mismo observador. La experiencia es siempre de una realidad material; las ciencias formales, que prescinden de la materia, como es la Lógica, y también la Matemática, que es una Lógica de signos y no de palabras, consisten siempre en textos, y, por ello, son humanísticas, aunque la Matemática sirve como instrumento formal a la Física, que es naturalística, o a la Economía y otras ciencias geonómicas.

La ciencia del derecho no es una ciencia «social». Todo lo humano es social por naturaleza, ya que el hombre no es concebible si no es en relación con otros, pero el derecho no estudia esa conexión natu-

ral, sino lo que la conciencia humana ha pensado, y queda escrito, sobre ciertos aspectos interpersonales.

Las ciencias sociales forman un grupo de la Geonomía, junto con otros dos grupos de espaciales y económicas. «Espaciales» son la Geografía, la Geodierética y la Urbanística; la Geodierética trata de la distribución del espacio, a diferencia de la Geopolítica, que entra en la teoría política de la estrategia estatal.

Así, pues, el estudio del derecho es distinto del de la Economía y del de la Sociología, ciencias sociales del grupo de la Geonomía; así como de la teoría política, aunque también ésta sea una disciplina prudencial dentro de las Humanidades. Sin embargo, tanto por la asociación de las enseñanzas universitarias cuanto por su propio contenido, las conexiones interdisciplinarias del derecho con esas otras materias es frecuente y relevante.

Así, por ejemplo, la función judicial, propia del derecho, depende de la teoría política sobre tal función; el préstamo con interés dependerá de un sistema económico determinado; la sucesión hereditaria, de una determinada forma sociológica; etc. A pesar de las posibles conexiones con la Sociología, la experiencia de los hechos jurídicos como realidad social queda fuera del ámbito de la ciencia del derecho; cuyo método es hermenéutico, es decir, de interpretación textual, y no experimental de hechos. Aunque se da hoy con frecuencia la consideración del derecho como un «hecho social», objeto de estudio por la Sociología, esta confusión no puede menos de provocar la pérdida de los conceptos propiamente jurídicos y la caída en el fenómeno del vulgarismo jurídico, por ignorancia del derecho culto. A ello contribuye la eventual inclusión del estudio del derecho en facultades de Sociología, cuyos licenciados resultan ser más «gestores» que «letrados» en el sentido tradicional.

Los libros de derecho contienen criterios propuestos para resolver conflictos sobre las cosas que interesan a las personas; también estos criterios, formulados

como «p r e c e p t o s» de recta conducta jurídica, son formulados por personas. Aunque se repitan y lleguen a establecerse como socialmente necesarios, su formulación no deja por eso de ser un acto personal: de un juez, de un legislador o de un autor cuya ciencia es reconocida; puede ignorarse el autor, pero éste siempre ha existido como persona individual.

Así, pues, aunque el derecho se aloja en un contexto social, y a esa conexión hay que aludir constantemente, no tiene por objeto el fenómeno de tal conexión, sino textos sobre conflictos interpersonales acerca del aprovechamiento de las cosas.

II.—3. Todo el derecho se refiere a «cosas» y «personas».

Las cosas que interesan al derecho son aquellas que tienen utilidad para las personas, y por eso las llamamos «b i e n e s»; la ventaja de aprovechar los bienes se llama «i n t e r é s».

De la palabra latina *res*, «cosa», deriva el adjetivo «real», que no debe confundirse con el que deriva de *rex*, «rey» (§ 113). El aprovechamiento de las cosas es variable (§ 90). «*Interesse*», en latín, quiere decir «haber diferencia»; en el sentido jurídico, se refiere a la diferencia que, para una persona, hay entre poder aprovechar o no un bien determinado; en un sentido más concreto, el interés del que pierde temporalmente la disponibilidad de una cantidad de dinero (§ 86). Todo el derecho se refiere, pues, al interés personal sobre las cosas.

El conjunto de bienes que activa o pasivamente interesa a una persona se llama «patrimonio». El derecho propiamente dicho es *p a t r i m o n i a l*, aunque se impliquen algunos aspectos personales determinantes; así, en el matrimonio hay un aspecto

patrimonial que es el que mayormente interesa para el juicio jurídico, pero la consideración personal de los cónyuges y de su descendencia es éticamente el más relevante, y determinante de los mismos efectos patrimoniales.

La gestión personal de los bienes es el *patrimonium*, oficio (*munus*) del cabeza de familia (*pater*); y el *matrimonium* es el oficio de la *mater*, así como el *testimonium*, el del testigo, el *vadimonium*, el de los garantes romanos que se llamaban *vades*, y el *castimonium*, el de las castas vírgenes Vestales.

El patrimonio personal, en derecho, sustituye en cierto modo a la persona a quien pertenece, pues ésta responde ordinariamente de sus deberes jurídicos con su patrimonio, y sólo, excepcionalmente, a causa de algunos delitos, con su propio cuerpo, es decir, con su libertad de movimiento o incluso con su existencia. Esta responsabilidad patrimonial se llama *solvencia*; en un sentido más estricto, se entiende por solvencia la *liquidez* de un patrimonio, es decir, la posibilidad actual de dar dinero.

4. El carácter patrimonial del derecho propiamente dicho excluye del ámbito de éste algunos conflictos que no tienen ese carácter, sobre todo si consideramos que el interés patrimonial es privado. No deja éste de existir cuando se enfrenta con un interés patrimonial público, como ocurre en los conflictos con la Administración pública, pero los jueces intervienen a veces en la resolución de conflictos en que se da un interés público no necesariamente patrimonial sin relación con otro patrimonial privado, como ocurre en el derecho criminal o penal, en los que el eventual interés privado patrimonial es irrelevante respec-

to al público no-patrimonial que es el preponderante. En esos supuestos, se da una representación oficial para reclamar judicialmente una sanción por actos injustos que lesionan un interés público, muchas veces no-patrimonial. Así, en los juicios criminales, puede existir un órgano —p. ej., nuestro «fiscal»— que asume legalmente la representación de la comunidad, sin perjuicio de la acumulación de una defensa privada de intereses propios; este tipo de representación privada de intereses públicos se da en general con el título de «acción popular» (§ 22).

En virtud de esta privatización de la defensa de los intereses públicos, hay una aproximación de ese orden de conflictos al derecho propiamente dicho, pero las diferencias justifican todavía que esas zonas de judicialidad no se incluyan, en nuestra presente exposición, dentro del derecho propiamente dicho, sino en el capítulo de la «organización social».

5. Las personas son los seres humanos en cuanto se relacionan entre sí. Como estas relaciones son distintas, cada «hombre» —nombre genérico de «ser humano» de uno u otro sexo— tiene varias «personas». El hombre lo es por naturaleza, la persona se constituye por su situación: el hombre es reconocido por la cara o rostro que «tiene»; la persona, por el nombre que «recibe», y la caracteriza.

La personalidad es esencial por cuanto (además de la relación con el Creador) es necesaria la relación de un hombre con otros, dada la naturaleza sociable del hombre; pero es accidental por cuanto varía según la

relación concreta, por ejemplo, de «hijo», «ciudadano», «acreedor», «fiador», «testador», etc.

Cada hombre tiene una personalidad determinada respecto a otro, según sea la relación que los une; el timonel «tiene dos personas» (Séneca, *epist.* 85, 30). Puede decirse, en este sentido, que todo hombre es una persona respecto a otra: *homo homini persona*. Muy claramente lo dice así el canon 96 del Código de derecho canónico: el hombre, para la Iglesia, se constituye en persona por el Bautismo.

6. La personalidad depende así de la relación concreta, pero el ordenamiento jurídico restablece ciertos límites para la capacidad general de las personas respecto a su actividad jurídica. Son límites razonables en consideración a la edad, salud mental, situación penal, etc. Se habla entonces de «incapacidad de obrar» o de «inhabilitación» para el ejercicio del derecho (§§ 66-68).

La inhabilitación para el ejercicio de la «patria potestad» (§ 108) viene a suprimir una titularidad personal ordinaria, pero en algunos casos, se llega a dar por inexistente al individuo, como cuando, por ausencia prolongada, se decreta la «presunción de muerte» (§ 26).

III.—7. En el derecho, cada hombre se hace presente con una determinada personalidad, pero también puede hacerse presente por la intervención de otra persona que la «re-presenta», y declara su voluntad en lugar de la persona ausente, que subsiste, aunque no esté presente en el acto del representante. Por esta subsistencia del representado se distingue la representación de la sucesión personal (§ 75), pues en ésta una persona sustituye a otra que deja de existir como tal persona; por ejemplo, un heredero respecto al difunto, o un funcionario respecto al anterior en el mismo oficio, que ha perdido su personali-

dad aunque sobreviva. También «sucesión» es un término propio del derecho, aunque se use en otros sentidos de sustitución, sobre todo de un momento temporal por otro.

La *r e p r e s e n t a c i ó n* es una forma de presencia especialmente importante en el derecho, que puede ofrecer distintas modalidades. La idea de hacer presente algo ausente que no es una persona tiene aplicación también en otros ámbitos intelectivos: del arte, de la filosofía, de la política, de la liturgia, etc.

Lo propio de la representación jurídica es que sirve para una declaración de voluntad. La que hace el representante puede reproducir exactamente la voluntad del representado («mandato imperativo»), puede concretarla, o puede suplirla; esta última «representación de intereses» es la única posible cuando el representado es incapaz de declarar su auténtica voluntad.

8. La representación es imprescindible cuando se quiere concretar una voluntad colectiva. Se finge con ese fin que el grupo de personas tiene una voluntad única, que puede ser declarada por un representante. Se habla entonces, para distinguir esa entidad colectiva de la de un hombre cuya personalidad tiene correspondencia «física», de persona «moral» o «j u r í d i c a».

Precisamente porque las personas jurídicas necesitan ser representadas, ellas mismas no pueden ser representantes de otras personas físicas o jurídicas. Cuando un grupo pretende representar a una colectividad, como ocurre a veces en la vida política, no se trata de propia representación, sino de sustitución de un todo por una parte selecta (*melior pars pro toto*); el representante de este

grupo parcial no representa a aquella otra totalidad; ésta deja de existir jurídicamente al ser «sustituida» por su *melior pars* (§ 115).

La voluntad colectiva se construye muy frecuentemente por votación entre los que integran el grupo; esta determinación de la voluntad por preferencia de la mayoría (en proporción más o menos numerosa) sólo es posible cuando el grupo constituye una persona jurídica; cuando no, se requiere la unanimidad.

A esta exigencia de unanimidad se refiere el antiguo aforismo del derecho canónico «*Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari*» («lo que afecta a todos deben aprobarlo todos»). La teoría de la personalidad moral como la de la representación son aportaciones de la Iglesia al derecho universal. Se debió esto a la importancia en la Iglesia de entes colectivos permanentes e independientes de los hombres que actualmente los componen o gobiernan, y que habían de ser representados; por lo que se habló de un «cuerpo fingido y representado» (*corpus fictum et repraesentatum*).

Cuando, en cambio, se trata de defender los intereses de una persona jurídica —por ejemplo, de un patrimonio destinado a un fin, que llamamos *fundación*—, el representante no sustituye la voluntad del representado, que no existe, sino que actúa como defensor de aquellos intereses objetivos, como también ocurre en la representación de personas incapaces.

La representación de las personas jurídicas se da tan sólo en los actos lícitos; de los ilícitos de sus miembros no responden, aunque sí pueden tener una responsabilidad subsidiaria, como responde el Estado de los delitos de sus funcionarios en el ámbito de su función.

IV.—9. La contraposición de cosas y personas aparece también con los términos *objeto* y *sujeto*, entendiendo el derecho como régimen de los conflictos entre determinados sujetos acerca de determinados objetos.

Esta distinción entre «objeto» y «sujeto» es muy ordinaria, aunque algo moderna en el lenguaje del derecho. Etimológicamente, ambos términos tienen en común la idea de «echar» algo: «delante», en «objeto», y «debajo», en *sujeto*. Pero «objeto» no es sólo la cosa material presente en la cuestión, sino muchas veces la relación abstracta de ella; así, la propiedad, a la vez que la cosa en propiedad. «Sujeto», por su parte, ha venido a significar persona desde el s. XIX, quizá por influencia de los gramáticos que llaman así al ente al que se «sobrepone» el verbo, en la conexión de sujeto-verbo-predicado, y por el uso en el sentido de «súbdito» respecto al gobernante; en el español vulgar tiene, como también «individuo», un matiz despectivo frente a «persona».

10. El uso de «sujeto» en lugar de «persona» ha llevado a hablar de los derechos «subjetivos», como si hubiera derechos no atribuibles a personas; pero se hace así para distinguir el «Derecho objetivo» (con mayúscula), que es el criterio establecido para juzgar los conflictos jurídicos, y el «derecho subjetivo» (con minúscula), que es la facultad que aquel criterio objetivo viene a atribuir a una determinada persona. La sustitución del término moral «persona» por el abstracto de «sujeto» obedece a una tendencia racionalista.

Esta distinción racionalista, favorecida por el subjetivismo de los autores protestantes, no es imprescindible para entender el derecho como criterio decisorio de conflictos patrimoniales, del que no pueden separarse las consecuencias para las personas que intervienen en ellos: lo objetivo es siempre primario respecto a lo «subjetivo», que no se puede concebir sin el criterio objetivo. Por eso, no ha faltado quien, prescindiendo de la naturalidad personal

de los «sujetos», haya llegado a reducir éstos a una mera referencia legal: como «puntos de imputación» establecidos por el derecho objetivo.

11. Una culminación del subjetivismo se da en la doctrina actual de los llamados «derechos humanos», concebidos como facultades individuales o «libertades» que, sin apoyo en un criterio objetivo natural o positivo, vienen a limitar el uso de la potestad social.

Una forma grotesca de esa tendencia es la del proyecto de una declaración de «derechos de los animales», como si también éstos fueran «sujetos del derecho (subjetivo)», y no cosas (animadas) que realmente son (§ 44). La exclusión de la categoría «cosa» respecto a los animales (como hace una reciente modificación del Código civil alemán) viene a diferenciar «personas, animales, cosas», sin distinguir animales auxiliares del hombre o no, y rompiendo, en cambio, la comunidad de los animales con los vegetales, seres también sensibles, no siempre bien diferenciables de los animales inferiores; más sentido tenía la antigua aproximación romana de los «animales de tiro y carga» al ámbito de la «*familia*», integrada principalmente por los esclavos. Aquella exclusión obedece a cierta complacencia con la moda ecologista de hoy (§ 18), y carece de todo sentido jurídico.

Los pretendidos «derechos del hombre» son, en realidad, «deberes personales del orden social». De ningún modo puede una declaración internacional de «derechos humanos» suplantar el orden del «derecho natural» sobre deberes morales de las personas. El derecho natural impone deberes de los que sólo indirectamente resultan facultades de exigirlos socialmente.

12. Los pretendidos derechos subjetivos no se pueden concebir como poderes personales constituidos por la ley, pues implican siempre deberes respecto a otras personas. Aunque suelen distinguirse unos

derechos sobre las cosas o «reales» y otros de obligación de deudas o «personales», todos son preferencias relativas para exigir una determinada conducta ajena en relación con una cosa que «interesa»; así, el derecho, al establecer estas preferencias, presupone siempre un deber de conducta de personas más o menos determinadas; esta conducta debida puede llamarse «servicio». Pero también el ejercicio de estas preferencias puede verse como «servicio».

La misma reclamación del servicio debido puede verse como un servicio que se hace al buen orden social, sobre todo por cuanto supone una renuncia a una exigencia violenta o desordenada; no porque el derecho consista en una «lucha» por su propia existencia, sino precisamente en la aceptación de los modos procesales y renuncia de la «defensa por uno mismo». Pero también aquellos derechos que consisten en la tenencia y uso de determinadas cosas implican el servicio de una conducta adecuada, es decir, la ausencia de «abuso» contra el bien común; en especial, el abuso de un ejercicio legal pero injusto del derecho (§ 52).

Toda la Ética, en la que el derecho se funda, consiste en deberes o servicios debidos; pero los que atañen al derecho son tan sólo aquellos deberes o servicios que son socialmente exigibles —es decir, por la intervención de un juicio socialmente establecido— porque se consideran necesarios para la conveniente convivencia.

Considerado el derecho de cada uno como una preferencia relativa, resulta menos propio hablar de los «derechos de Dios», ya que, siendo absoluto y total el poder de Dios sobre todas las cosas y personas, no cabe distinguir en tal poder unas modestas preferencias relativas. Tampoco tiene sentido hablar de derechos de los jueces frente a los litigantes; ni de los grupos sin personalidad jurídica (§ 8), como la «Sociedad» o la familia (§ 105).

V.—13. El derecho puede ser «positivo» o «natural». Llamamos derecho positivo al impuesto por la voluntad de quien tiene potestad para regir una convivencia social, y suele manifestarse en forma de ley o declaración imperativa similar. Debe distinguirse del derecho «vigente», pues éste es el realmente practicado, lo que no siempre se puede decir del derecho oficialmente impuesto por las leyes; aunque éstas no estén formalmente derogadas, el uso judicial y luego la costumbre general puede hacerlas caer en desuso.

«Natural», en cambio, es el que los hombres reconocen como criterio de derecho genuino y permanente, propio de la inalterable naturaleza humana; este reconocimiento es de «sentido común».

El «sentido común» es el de una conciencia individual pero común de todos los hombres, no el de las convenciones éticas colectivas, determinadas a veces por un deterioro moral o por ideologías accidentales (§ 35). Estas perturbaciones del sentido común pueden alcanzar cierta difusión y estabilidad, y por eso el llamado «derecho de gentes», es decir, «común de las naciones», pretende ser «común» a todos los pueblos. Por parecer común a todos los pueblos, pudo decirse que se identificaba con el derecho natural y que por esto valía como derecho internacional público. Pero el «derecho de gentes», a lo largo de los siglos, ha presentado desajustes respecto al derecho natural; por ejemplo, la esclavitud, el divorcio, la impunidad del feticidio, etc.

Los españoles, al conquistar América, procuraron aplicar el derecho natural a los súbditos indios, pero siguieron tolerando el

comercio de esclavos negros, que era de derecho de gentes y no «natural».

Aunque la creación de la naturaleza humana no tiene explicación racional, pues depende tan sólo de la imprevisible e inexplicable voluntad divina, el orden para la conducta natural es estrictamente racional, y, como tal, humanamente comprensible. El derecho natural, al ser inalterable, limita la disposición humana del derecho positivo; cuando éste se aparta de aquél, se hace «ilegítimo».

14. Siendo la naturaleza del hombre, como toda la naturaleza creada, expresión de la voluntad divina, el derecho natural también es divino. Tiene el carácter de derecho porque sirve como criterio para el Juicio Divino —«particular», en el momento de la muerte de cada hombre, o «universal» al fin del Mundo— sobre toda la conducta humana.

Una declaración formal del derecho natural consta en la Ley mosaica (Decálogo) de los Diez Mandamientos, y en la Ley nueva del Evangelio. Esta declaración divina del derecho natural es la que dio lugar a que los teólogos hablaran de «derecho divino positivo», como «legislado» por Dios; pero la racionalidad del derecho natural lo hace aplicable a todos los hombres, aunque no conozcan tal «ley revelada»: no depende, pues, de haber sido legislado.

La racionalidad del derecho natural hace que la conciencia de los hombres, en defecto del conocimiento de la ley revelada, sea «ley» para cada hombre, pero, para quien conoce esa ley divina, la conciencia es sólo una instancia racional concretadora de aquélla para cada acto humano. En este sentido, el juicio divi-

no es menos severo para los que no conocen la «ley revelada», pero dentro siempre de las exigencias del sentido común no deteriorado. Un conocimiento más pleno de la «ley divina» sólo se da en la doctrina católica, y esto permite hablar de «derecho natural católico», no por especialidad del contenido, sino por mayor certeza de él.

Precisamente por no consistir en un texto legislativo, esta «ley» natural no es, por sí misma, susceptible de interpretación, aunque su formulación escrita —en los textos del Antiguo y Nuevo Testamento— sí requieren interpretación, como todo texto escrito, sin que tal interpretación pueda alterar el precepto divino mismo.

Así, por ejemplo, si el Decálogo habla de «no hurtar», estas palabras deben ser interpretadas en su verdadero sentido de no lesionar el patrimonio ajeno, también por incumplir las deudas; y si leemos en el Evangelio que «el hombre no separe lo que Dios ha unido», esto no afecta a la separación no susceptible de otra unión admitida. De este modo, la interpretación del texto resulta necesaria para entender el verdadero alcance del precepto divino natural.

15. Asimismo, la «ley» natural no tiene excepciones, como tienen siempre las leyes humanas. Todos sus preceptos son inalterables. No se alteran ni por una ley posterior, según el aforismo civil de «la ley posterior deroga la anterior», ni por otra ley más específica, como puede ocurrir con las leyes humanas, según el otro aforismo de «la ley especial deroga la ley general».

Las aparentes excepciones de la ley natural que encontramos en el Antiguo Testamento no deben explicarse como suspensiones accidentales del precepto divino, sino como alteraciones sustanciales del acto mismo al que no hay que aplicar la ley aparentemente pertinente. La omnipotencia divina, no sólo causa la realidad en un primer momento creacional, sino que, en cualquier otro

momento, puede cambiarla; así, aunque la razón humana no lo entienda, pues la creación no es racional como sí lo es la ley natural; también los milagros son una manifestación de la potestad creadora de Dios, que no se ajusta a la racionalidad natural. Las mismas convenciones jurídicas del hombre pueden alterar la realidad; por ejemplo, la deuda perdonada por el acreedor no es deuda: no hay ahí una excepción al precepto de pagar las deudas, sino que ha dejado de existir la deuda. Con más razón hay que admitir ese poder en Dios, que perdona los pecados de modo que éstos dejen de existir, y puede cambiar milagrosamente la naturaleza de las cosas, pues su poder de cambiarla no es menor que el de crearlas.

El derecho natural suele entenderse como referido a las personas, ya que la «ley divina» es ley de conducta humana, y por eso, en el Juicio Divino, toda conducta humana es objeto de aprobación o reproche, más allá de las exigencias del derecho humano, que sólo enjuicia un mínimo de conductas socialmente relevantes, y es falible.

El derecho humano se funda en una Ética socialmente reconocida, pero la Moral individual alcanza a toda la conducta del hombre, en relación con el deber particular y relativo de cada uno; así, la Moral puede llevar a veces a perdonar las deudas, pero la Ética, en que se funda el derecho, no deja de presuponer que las deudas deben ser cumplidas, aunque cuente también con la libre voluntad de perdonarlas.

VI.—16. Pero el derecho debe contar también con la naturaleza de las cosas, que impone cierta racionalidad en el aprovechamiento de ellas como bienes. En derecho, «cosa» se refiere a los objetos o bienes que interesa aprovechar, y respecto a ellos se puede hablar de su «naturaleza» (§ 3).

La naturaleza de las cosas sirve de complemento al derecho natural de las personas; pero con la diferencia de que la disponibilidad humana de los bienes

puede alterar convencionalmente el tratamiento de la naturaleza de las cosas, como no puede hacer con la Moral, que es, por sí misma, inalterable.

De la clasificación de las cosas se trata en el capítulo segundo (§§ 90 ss.), pero ya puede ponerse aquí el ejemplo de cómo cabe tratar como inmuebles a determinados bienes muebles, o como específicas cosas que por su naturaleza son genéricas: no se trata entonces de un cambio sustancial, como el que sólo puede hacer Dios con su poder creador (§ 15), sino de convenciones de utilidad práctica accidental.

17. A la naturaleza de las cosas se refiere la ciencia geonómica llamada *Economía*, que es, como su mismo nombre griego indica (de *oikos*, «casa»), el orden de la administración «doméstica», ampliada luego a la administración pública, incluso universal.

El capitalismo moderno ha concebido la Economía como ciencia de la riqueza (§ 96), propiamente una «Crematística», en el doble sentido de la productividad en favor de la sociedad y de la ganancia a favor de las empresas productoras; para ese fin se parte de la idea de que el hombre está destinado, no a «servir», sino a «producir»; y se plantea toda la existencia humana como una lucha competitiva por ese éxito (§ 96). En verdad, la recta administración de los bienes debe referirse al uso, consumo, conservación y necesario aumento de los bienes; por tanto, la Economía debe ser una ciencia «de la escasez» y no de «la abundancia».

18. En este sentido de administración de la escasez, pertenece a la Economía, rectamente entendida, la *Ecología*, que es la ciencia de conservación de la naturaleza material; es de derecho natural, y los abusos que el hombre comete en el aprovechamiento de los bienes de la Creación es una modalidad de «indecencia» moral.

Se trata de una ciencia práctica, de régimen de administración: propiamente, una parte de la Eco-«nomía». En la actualidad, la

Ecología ha alcanzado un cierto predicamento publicitario, pero se ha desvinculado ya de su verdadera razón, que es la de que el hombre no debe abusar de los bienes de la Creación, sobre los que ha sido constituido administrador. Con esta desviación, aparece frecuentemente orientada, sea a objetivos puramente estéticos, o también políticos, sea a la protección de cierta fauna por el deseo de disminuir la discriminación entre el animal y el hombre, sin considerar que también los vegetales tienen cierta sensibilidad, como seres vivos que también ellos son, y no tan distintos de algunos animales como, por ejemplo, los zoofitos (§ 94). Cuando los ecologistas defienden la conservación de animales —al menos, los de cierta clase de ellos—, parece olvidarse que lo que el derecho natural exige no es a favor de los animales mismos, sino de las futuras generaciones humanas, que han de seguir cazando razonablemente. Algo parecido al deber de no ensuciar el agua de un río, de la que tienen que seguir aprovechándose los de más abajo. Por lo demás, la propagación excesiva de la fauna puede causar daños a las personas o a sus bienes, y debe admitirse entonces su eliminación, por estado de necesidad (§ 117).

VII.—19. La palabra castellana «cosa» procede del latín *causa*, que, en derecho, significa el acto personal del que deriva un efecto aprobable o reprochable; así, el pago de una deuda es causa de la extinción de ésta, o la comisión de un delito es causa de la sanción penal.

Como «cosa» (§ 64), «causa» tiene muy variados sentidos; también porque sirvió para traducir el griego *aitía* (de donde «etiología» o ciencia de las causas, especialmente de las de enfermedades). Incluso en el lenguaje del derecho se entiende «causa» en un sentido «final» y no propiamente «causal», por identificación deliberada o fortuita del «¿por qué?» de la causa y el «¿para qué?» del fin: «¿por qué pagas?» —«porque debo», pero «¿para qué pagas?» —«para no deber».

Todo el derecho es un estudio de las causas, y no de los fines, más propios éstos de la Ética: de causas, en relación con las cosas y con ocasión de los «casos» concretos, y de responsabilidad personal (§ 21).

Causa, en derecho, es distinto del griego *aitía*, y el hecho de que algunos actos jurídicos carezcan de *causa* (§ 65), no implica una reserva frente al principio de «causalidad» que discuten los filósofos.

20. «Causa» se dice también de la misma ocasión que exige un juicio decisorio sobre un caso; en este sentido, todo el derecho consiste en casos que pueden quedar sometidos al juicio de un juez. La misma ley, que se presenta como precepto general, procede por inducción de los criterios judiciales preferibles. De este modo, el derecho no consiste fundamentalmente en preceptos legales, sino en casos judiciales.

«Caso» se refiere a la «incidencia» concreta de un conflicto que debe ser juzgado según criterios del derecho; se aproxima a «causa», que es el objeto del correspondiente juicio. Pero el «caso», al ser derivado del verbo «caer» (*cado*), es siempre un hecho que ocurre, «accidental», y de ahí que lo «casual» se contraponga, como «fortuito» (de *fors/sors*, suerte), a «voluntario», pues no depende de la voluntad de las personas afectadas por el caso que da lugar a la causa: es el «caso fortuito», que suele asociarse a la «fuerza mayor» como causa de una conducta involuntaria.

La relación causal puede ser inmediata o mediata: la causa de un acto causante de otro es una causa remota para este segundo, o ulterior, acto. Pero el derecho conoce también actos que carecen de causa pues se justifican por sí mismos, respecto a los que no hay que preguntarse «¿por qué?».

Así, por ejemplo, la limosna que se da a un mendigo es un acto de donación, y, como tal, carece de causa. Los móviles o los fines del acto son psicológicos y pueden interesar al juicio moral, pero no interesan al derecho; en este sentido la «liberalidad» no es causa de la donación, aunque ésta se llame «acto de liberalidad». Asimismo, el acto de cazar es un modo de adquirir la propiedad

de lo cazado, pero carece de causa jurídica, aunque sí cause efectos jurídicos.

21. El modo de discurrir propio del derecho es también causal en el sentido de que toda conducta es causa de *r e s p o n s a b i l i d a d* para la persona causante del acto.

«Responder» procede del verbo latino *spondere*, que viene a significar «prometer», pero el prefijo «re-», alude a lo que da vuelta (como un torno), sea en el sentido de la repetición, sea en el de la reciprocidad o devolución; así, «re-sponder» es prometer a otro que espera la respuesta. Se distingue así de «contestar» (del latín jurídico «*contestatio*» o protesta ante «testigos»), que no presupone tal espera; así, se «contesta» a una afirmación o a una negación (explícitas o implícitas), pero se «responde» a una pregunta. En este sentido, la «responsabilidad» implica la exigibilidad de una conducta con que se debe responder frente a otra persona, y la Ética espera de uno.

La responsabilidad de las personas presupone su libre voluntad; si ésta falta, no hay responsabilidad. La libertad es un presupuesto de la responsabilidad, y no ésta, una consecuencia de la libertad: la libertad sería concebible sin esa consecuencia, en tanto la responsabilidad no lo es sin la libertad. El derecho puede establecer también una responsabilidad por conducta ajena —la llamada responsabilidad «o b j e t i v a»— cuando el causante del acto se halla en una relación de subordinación respecto a la persona responsable; por ejemplo, como subalterno, o un hijo incapaz por minoría de edad u otra razón. En fin, puede haber responsabilidad por un servicio debido pero no voluntariamente asumido; por ejemplo, la que existe respecto a los progenitores o en otras situaciones personales no causadas por un acto propio.

VIII.—22. La responsabilidad de las personas socialmente controlable mediante juicios de los jueces se exige mediante una actividad personal que los romanos llamaban «*actio*», «a c c i ó n» por antonomasia, y cuyo fin era dar lugar al juicio de un juez. Por influencia del derecho canónico, a ese trámite judicial llamamos hoy «p r o c e s o», y a todo lo relativo al proceso llamamos «procesal», y, al trámite mismo, «p r o c e d i m i e n t o».

La *actio* romana consistía principalmente en una «actividad» privada de la persona privada que exigía algo («*actor*»), pero hoy esta actividad personal se reduce a suscitar formalmente la actividad procesal del juez oficial, que es quien gobierna el trámite, para dar su sentencia, y tiene concedida una facultad «ejecutiva» complementaria para hacerla cumplir a la fuerza cuando esto es necesario. No ya el «*actor*», sino el juez es hoy el protagonista del proceso.

El trámite judicial, cuando es de un conflicto privado, se llama «l i t i g i o» (del latín *lis*, genitivo *litis* mal usado hoy como nominativo), y las partes en conflicto se llaman «l i t i g a n t e s», tanto la demandante como la demandada; en los juicios penales se habla de «acusadores» y «reos».

Como se ha dicho (§ 4), en los juicios criminales, aparte la posible intervención privada de las personas lesionadas en sus intereses, hay un interés de orden público, cuya defensa se encomienda a un órgano especial, que es el de nuestros «fiscales». Algo parecido ocurre con las llamadas «acciones populares», cuyo ejercicio se ofrece a una persona privada; por ejemplo, en defensa de intereses higiénicos o estéticos comunes, o incluso en defensa de la ley cuando su infracción no da lugar a un juicio privado ordinario. Al no aportar ventaja patrimonial para el demandante, la «acción popular» tiene la finalidad penal de imponer una multa; en este sentido, viene a cumplir la función de una «d e n u n c i a» de una infracción patente o «d e l a c i ó n» de una infracción oculta. En efecto, aquel tipo de acción procede de un antiguo régi-

men sin suficiente represión administrativa de oficio; pero la confusión entre «demanda» privada y «denuncia» refleja el exceso de juridicidad de que se resiente el «Estado de Derecho» (§ 23).

En virtud de la intervención de los jueces oficiales que gobiernan el proceso, el Estado (§ 101) asume esa función como una parte de la Administración pública: la llamada «Administración de Justicia». De este modo, la actividad judicial —«judicación»— que, por sí misma, se centra en declarar lo que es justo en cada caso de conflicto, y es, por ello, una manifestación de «autoridad» —o saber socialmente reconocido—, queda integrada dentro de la «potestad» —o poder socialmente reconocido—, y la potestad del poder ejecutivo viene a reforzar la declaración de autoridad del juez cediendo a éste la gestión del proceso y la fuerza coactiva para hacer cumplir las sentencias de su autoridad mediante el embargo de bienes a prisión de personas, lo que presupone un dominio territorial. La «judicación» de autoridad queda entonces convertida en una «jurisdicción» de potestad.

En la tradición canónica, la «*iurisdictio*» es la potestad sagrada que gobierna y juzga, sin dominio territorial para la ejecución. Sólo recientemente se habla en la Iglesia de «*potestas regiminis*».

23. La cesión que hace la potestad estatal de la fuerza necesaria para el gobierno del proceso y para la ejecución de la sentencia no convierte a los jueces en un poder del Estado, como el de gobernar y legislar, pues no es más que un complemento de la esencial autoridad que «juzga», es decir, emite un «juicio» de razón y no una orden de gobierno.

El mito de la «división de poderes» —ejecutivo, legislativo y judicial— se evidencia hoy como falso, desde el momento en que, al menos de

hecho, el que gobierna es el mismo que legisla; pero también cuando se pretende atribuir a los jueces una facultad de juzgar los actos propiamente políticos; porque, si se pretende controlar lo político con la intervención de los jueces, es inevitable que los jueces se contaminen de la polémica política en torno al gobierno del que depende la ejecución de las sentencias. Sólo puede evitarse esto si se reduce tal intervención judicial —y por tanto el concepto de derecho— a los juicios sobre conflictos privados y no públicos.

Conflictos públicos son los políticos, que deben resolverse por la misma dialéctica del acceso al poder; por ejemplo, por el debate de comisiones parlamentarias; asimismo, los militares (§ 118), como también la represión del terrorismo; y los policiales, como son los de inmediata defensa del orden público, sin perjuicio de la remisión de la delincuencia grave, penada por la ley, al juicio de los jueces. En este último supuesto, de intervención del juez que aplica la ley penal, el acusador público viene, como ya se ha dicho (§ 4), a asumir una función privada.

La imprudente extensión legal de la intervención judicial a toda la actividad del Estado es el fundamento del llamado «Estado de Derecho».

Se trata, en el fondo, de la ilusión de controlar al gobierno con las leyes, sin tener en cuenta que las leyes nada pueden si no las aplican los jueces; y éstos nada pueden si el gobierno que pretenden controlar no les proporciona la necesaria fuerza ejecutiva.

Distinto del «Estado de Derecho» es la «rule of law» inglesa, que no presupone la ley estatal, sino las

reglas de derecho (*law*), y no hace «división de poderes».

De una nota que me brinda el constitucionalista y conocedor del derecho inglés, A. C. Pereira-Menaut, extraigo esta distinción que él hace entre «rule of law» y «Rechtstaat»: el primer régimen presupone una concepción personalista, pluralista y judicialista de un derecho anterior al «Estado»; el segundo presupone un «Estado» sin más derecho que la ley limitadora de su propio poder, que él mismo impone como expresión de su voluntad política; aunque también la ley, de hecho, acaba por depender de su aplicación judicial. La «Unión Europea», al no constituir un «Estado», requerirá un régimen más parecido al «rule of law» que al «Estado de derecho».

En realidad, el control del uso de la fuerza del gobierno sólo puede consistir en la existencia de órganos de consejo desprovistos de poder, pero con la autoridad suficiente para poder debilitar el reconocimiento ético de la potestad de aquél por la sociedad gobernada.

24. Una forma de intervención judicial de pura autoridad es la del arbitraje, es decir, la que consiste en el sometimiento voluntario, por parte de las personas en conflicto, de éste a la decisión de un juez no-oficial libremente elegido por aquéllas: un «árbitro», que decide la cuestión, pero carece de la necesaria fuerza coactiva para la ejecución de su sentencia (o «laudo»); por lo que ésta debe correr a cargo de un juez oficial que asuma tal ejecución.

El arbitraje es una institución antiquísima, sobre todo con el fin de resolver conflictos internacionales, pero que sirve también entre personas privadas, para eludir la intervención de jueces estatales que muchas veces pueden no inspirar la necesaria confianza, y vuelve a tener actualidad por el carácter internacional de la contratación moderna.

Los árbitros, a diferencia de los jueces oficiales, no deben acomodarse a los imperativos legales, sino que pueden aplicar los criterios jurídicos prudenciales con plena independencia.

IX.—25. El derecho natural se funda en la Verdad, pero el derecho puramente humano, como la misma ciencia, no trasciende de la probabilidad fundada en la Veracidad, que es lo contrario de la mentira. Esto aparece muy patentemente en el momento central de lo jurídico que es el juicio de los jueces. Para éstos, la Verdad resulta inaccesible, y deben aceptar como realidad lo que resulta de las pruebas. Para el derecho, los hechos que no se pueden probar no existen. En efecto, el juez no tiene acceso a la objetividad de los hechos más que por el sustitutivo de las pruebas judiciales. El juez debe conocer, por su propia formación e información, los criterios de prudencia jurídica, pero debe acudir a las pruebas para conocer los hechos que importan en el caso que debe juzgar. Estos medios de prueba son siempre declaraciones orales, como la de los testigos, o la de las mismas personas en conflicto, o escritas, como la de los documentos; excepcionalmente puede el juez acudir a una inspección personal directa o a las declaraciones de «peritos», que sean expertos en la materia pertinente. Con estas pruebas debe el juez componer su idea de la realidad, y, sin pruebas, no puede decidir contra la actual situación de las personas en conflicto.

Ordinariamente, el juez admite las pruebas que solicitan las partes interesadas en el caso —es el llamado «principio dispositivo» de la prueba judicial—; cuando el ordenamiento legal le faculta para inquirir otras pruebas por su propia iniciativa —«principio

inquisitivo», de donde el proceso llamado «inquisitorial»—, esto no sucede sin merma de su facultad para valorar libremente las pruebas («principio de libre estimación de la prueba»), que queda sometida a la valoración que de ellas imponga la ley («principio de prueba tasada»). Se da así una complementariedad entre estos principios, como consta por la historia, y puede analizarse por la misma estructura de la función judicial.

Algunos documentos no son simples pruebas judiciales, sino que se formalizan como *p r u e b a s p r e - c o n s t i t u i d a s*, que, por sí mismas, constituyen derechos: no son documentos simplemente probatorios, sino «constitutivos», que, salvo impugnación por falsedad, no pueden ser invalidados por otras pruebas contrarias.

La preferencia legal por documentos oficiales—documentos «públicos» o notariales, etc.— debe ser respetada por los jueces, así como la relatividad de las confesiones de los encausados en el juicio. En cambio, no hay, ordinariamente, preferencias legales entre los testigos, ni por su rango personal, ni por el número de ellos.

Durante siglos se privó de valor a la declaración de un testigo único —por la regla «*unus testis, nullus testis*»—, pero esto procede de la antigua confusión, en el derecho penal judío, de las funciones de acusador y testigo, incluso con la del mismo juez, que debía superarse por la exigencia de «dos o tres» testigos. Un ejemplo tenemos en el caso de la «Casta Susana», falsamente acusada por el testimonio de dos jueces (Daniel, 13). También hoy conviene distinguir el testimonio de un perito, que debe ser imparcial, del dictamen de un letrado elegido por el mismo litigante.

26. Un complemento de la prueba judicial son las *p r e s u n c i o n e s*. No son éstas simples sospechas o indicios de la realidad de los hechos, sino deducciones razonables, a partir de otro hecho probado: de

la existencia de otro no probado pero que depende, según el sentido común, de aquel ya probado.

Así, por ejemplo, si se prueba haber pagado algo que no se debía, se presume que se hizo por error; si se prueba una compra, se presume la buena fe de no comprar algo que es de tercero; si se prueba una ausencia prolongada, se presume la muerte, etc.

La presunción es una operación judicial que sólo la ley puede imponer al juez. Puede ser de dos grados: como presunción invalidable por una prueba en contra —presunción «*iuris tantum*»— o, más excepcionalmente, presunción irrefragable —«*iuris et de iure*»—.

La presunción, al presuponer necesariamente la evidencia de un hecho ya probado, no debe confundirse con una simple suposición. Así, no son propias presunciones, ni la del llamado «presunto reo» de un delito, cuando no hay todavía prueba alguna contra él, ni la paradójicamente contraria «presunción de inocencia» de ese mismo reo, lo que no pasa de ser una manera de decir que no se puede condenar por un delito cuando no hay prueba de éste. Tampoco se puede decir que el silencio de la Administración da lugar a la «presunción» de que la «respuesta» es negativa (canon 57 del Código de derecho canónico), pues no hubo «respuesta», y lo que se presume negativa es la voluntad, no la declaración, que no existe.

La presunción fuerte («*iuris et de iure*») no debe confundirse con la ficción, es decir, aquella operación judicial, que sólo la ley puede imponer al juez, de dar como cierto algo inexistente o, al revés, como inexistente un hecho cierto, siempre con el fin de llegar a una solución justa mediante la eliminación de un dato formalmente impeditivo. La ficción no es una presunción porque no se funda en otro hecho probado.

El uso de «ficciones» jurídicas procede de la necesidad que tuvieron los romanos de superar exigencias formales del antiguo derecho por la práctica jurisdiccional de los pretores. Pero, en un derecho profusamente legislado, como es el moderno, no es necesario recurrir al recurso de las ficciones. Por lo demás, no deben confundirse con las ficciones, impuestas al juez por una instancia de potestad, las equiparaciones o analogías formuladas por la doctrina de los juristas; así, por ejemplo, el considerar ya nacido al feto, para defender sus expectativas hereditarias, no es una «ficción», sino una regla doctrinal de equiparación práctica.

Actualmente se habla de presumir la paternidad de quien se niega a someterse a las pruebas biológicas de ella, pero la presunción de paternidad —tanto en la unión legítima como en otra— debe fundarse en la prueba de la convivencia conyugal con la madre —que siempre es «cierta» por el hecho del parto—; y es el presunto padre el que debe aducir pruebas contra tal presunción, incluso, si quiere, las biológicas, a las que por el derecho natural de la integridad corporal puede siempre oponerse.

Por este mismo derecho natural se excluye la *tortura* que altera esa integridad corporal, y que actualmente puede consistir en la inoculación de los llamados «sueros de la verdad».

En efecto, la tortura aparece en la historia como un sustitutivo de pruebas en un juicio criminal, con el fin de conseguir la confesión del reo y evitar la condena por meros indicios o sospechas; esas nuevas prácticas para obtener una confesión contra la voluntad del reo vienen a ser una nueva modalidad de la antigua tortura, y, como ella, contraria al derecho natural, según el cual es ilícita toda intromisión en el cuerpo contra la voluntad de la persona que la padece. Como principio general, nadie debe ser coaccionado a hacer declaraciones contra sí mismo. De la tortura como modo judicial de conseguir una confesión, y por ello sometido a ciertas reglas, debe distinguirse la práctica de malos tratos sin reglas, así como también la práctica policial de castigos corporales

profilácticos para el mantenimiento del buen orden público. Una modalidad de tortura subsiste, en cambio, cuando los jueces dispensan de la prisión preventiva a los reos que confiesan o delatan, porque la privación de libertad es tan contraria al derecho natural, cuando no está legalmente justificada, como una intromisión forzada en la integridad corporal.

Las presunciones y las ficciones son propias de los juicios sobre conflictos entre personas privadas, pero no son admisibles, como ya queda dicho, en los juicios criminales, en los que no cabe condenar a un reo si faltan las pruebas ciertas de su delito.

Por eso el rey Salomón, en el famoso juicio sobre la sustracción de un hijo ajeno (I Reyes 3, 18-28), aunque adjudicó por presunción la maternidad a una de las dos mujeres que la pretendían, por ser una causa civil, se abstuvo, por falta de pruebas, de condenar el delito.

X.—27. Los juicios, como objeto fundamental del derecho propiamente dicho, aunque tengan todos una misma estructura dialéctica, presentan algunas variaciones, por las que cabe distinguir tres tipos.

El primer tipo de juicio es el que presenta una mayor simplicidad, es el que versa sobre un conflicto entre personas privadas —que aparecen como demandante y demandado—, y es, ordinariamente, por intereses patrimoniales contradictorios; lleva más propiamente, como se ha dicho (§ 22), el nombre de «litigio».

El segundo es el de reclamaciones de personas privadas contra actos de la Administración pública, y se llama contencioso-administrativo, precisamente porque una de las partes tiene carácter público, y ocupa por ello una situación preponderante respecto a la adversaria; y precisamente por esta razón, no es infre-

cuenta que las sentencias dadas por los jueces contra la Administración para resolver este tipo de conflictos no tengan una ejecución fácil, por la inevitable relación del poder ejecutivo con la Administración.

El tercer tipo es el de la represión penal de los delitos, en la que interviene, como ya se ha dicho, un defensor oficial del interés público (§ 22).

A esta distinción de los tres tipos de juicios corresponde la de los respectivos ordenamientos en que constan los criterios que los jueces deben seguir: el derecho Civil o privado, el Administrativo y el Penal. Los dos últimos, por implicación en ellos de intereses públicos, deben ser considerados como integrados en el régimen del llamado derecho «público».

Surge así la tradicional distinción entre el derecho privado y el público: aquél se halla a disposición de las personas privadas, en tanto el derecho público se endereza al mantenimiento del buen orden social.

La distinción ya romana entre *ius publicum* y *privatum* partió del hecho de que los respectivos criterios de decisión judicial se hallaban publicados oficialmente o no; en este sentido, todo el derecho contenido en leyes era «público». Hoy, para esta distinción, se atiende al contenido, no a la forma de los criterios, pero no deja de ser cierto que las materias más intensamente legisladas tienden a hacerse de derecho público; es explicable que así sea, pues el aumento de la atención legislativa demuestra el mayor interés público, a cuya defensa se endereza precisamente el derecho público.

La contraposición de lo social y lo individual es tan inevitable, que, con un sentido u otro, no será nunca

posible prescindir de la distinción entre el derecho público y el privado.

28. Si todo el derecho toma en consideración la relativa posición justa de las personas, el derecho público atiende a la situación en que éstas se hallan respecto al ordenamiento mismo, y el derecho privado atiende preferentemente a la relación que existe entre las personas que intervienen en un caso, sea éste real, sea hipotético. Puede decirse, pues, que el derecho público es de «situaciones» y el privado es de «relaciones».

Las relaciones privadas, si son jurídicas, no son ocultas, pues deben ser susceptibles de prueba judicial (§ 25). La intimidad de las personas excede del ámbito del derecho, y es de carácter puramente moral, aunque puede presuponer, a veces, una relación jurídica; así, hay una intimidad conyugal que presupone el matrimonio, un dato jurídico que puede ser constatable. La intimidad personal, por su carácter moral, no debe ser publicada por otras personas; la infracción de esta reserva moral constituye un delito contra la persona afectada por tal publicidad contra su voluntad. La intimidad del «hombre público» —el político o el profesional del espectáculo— no es la suya personal, sino la que afecta a las personas con las que se halla lícitamente unido por lazos familiares dependientes del matrimonio legítimo (§ 106).

Por otro lado, como el derecho público depende de la organización social, el estudio de ésta atrae inevitablemente el del derecho público, incluso del que puede considerarse «derecho» por la posibilidad de control judicial. Por eso, al hablar de «derecho público» suele comprenderse también todo lo relativo a la organización social pertinente, aun aquellas materias que no son judicialmente controlables. Así sucede en los planes de estudio de las Facultades de Derecho.

XI.—29. El derecho, pese a los inevitables cambios históricos, constituye una ciencia singularmente estable, articulada por principios naturales y lógicos muy permanentes, de sentido común. Por eso mismo, su estudio universitario aparece como notablemente conservador, pese a las ráfagas de innovación legislativa que de vez en cuando lo afligen. Este carácter conservador del derecho no puede menos de influir en el talante personal de los juristas; pero los planes de estudio están siempre sometidos al riesgo de cambios caprichosos que, por serlo, suelen ser pronto cambiados, pues «el cambio llama al cambio» como «el abismo llama al abismo» (*«abyssus abyssum invocat!»*) [Salmo 42 (41) 8]), como también ocurre con toda legislación; en efecto, cuando un legislador interviene por primera vez en algo, es seguro que no dejará otro de seguir su ejemplo, cuando no es él mismo quien se reforma a sí mismo.

Aunque el derecho público es fundamentalmente organización social, sin embargo, en la medida en que adopta unos criterios y formas jurídicas, no puede menos de depender de la teoría conceptual civilística, que es la propiamente jurídica; sólo así la actividad legislativa y administrativa puede tener un orden racional, y no depender de incontrolables caprichos políticos.

A pesar de todos los cambios, en todo el derecho permanece siempre un núcleo «civil» inalterable, en el que debe formarse un jurista.

En efecto, lo que ante todo sirve para la formación de un jurista es el derecho privado —derecho en el más auténtico sentido del término—, que consiste fundamentalmente en el *d e r e c h o c i v i l*, que es lo más esencial: *«non est iurista qui non est civilista»* («no es jurista quien no es civilista»).

Este aforismo decía: «... *nisi sit Bartolista*», pues Bártolo de Sassoferrato (1314-1357) es el más influyente jurista de la Historia, y su nombre viene a representar la imagen del perfecto jurista. Es claro que el derecho que él explicó y practicó fue el derecho romano vigente en su época, desde el siglo XII hasta la época de las codificaciones modernas; se contenía ese derecho «común» de Europa en el *Corpus Iuris Civilis* compilado por el emperador bizantino Justiniano, cuya parte principal eran las «Pandectas» o «Digesto», tesoro de la jurisprudencia romana, que dio el nombre de «civil» al conjunto, aunque hubiera en él algo también de derecho público, que importa poco para la posterior tradición civilística; el derecho penal romano fue ciertamente muy imperfecto; y el derecho público romano, en general, quedó prontamente inútil. —La cultura jurídica europea, extendida luego a otras latitudes, se halla arraigada en la *R e c e p c i ó n* medieval del *Corpus Iuris Civilis*; el mismo derecho inglés —llamado también «common law», pero no igual al «*ius commune*» europeo— deriva del derecho romano, y conserva su carácter casuístico y no-sistemático mejor que la tradición europea, reformada posteriormente por el «Derecho de Pandectas» alemán, cuya principal figura, Savigny (1779-1861), ha ejercido una influencia decisiva en la sistemática moderna del derecho civil.

Así como, «público» y «privado», como contrapuestos, tienen siempre razón de ser, aunque pueda variar su sentido exacto, el adjetivo «civil», que viene de *civis* («ciudadano»), sólo se explica como continuidad histórica; así también su identificación con el derecho «privado». A pesar de esta identificación frecuente, «civil» se contrapone, unas veces a «penal» o a «canónico»; otras se usa para diferenciarlo del «mercantil», o de otras nuevas especialidades; pero, con todo, en el orden de estudios de las Facultades de Derecho, la asignatura de «Derecho Civil» ocupa un lugar preeminente, tras la introducción del «Derecho Romano» y con la culminación del «Derecho internacional privado», que trata del conflicto de leyes por

conurrencia de distintos criterios jurídicos nacionales.

Paralelo al término del latín «civil» es el griego «político». Pero éste procede, no de «ciudadano», sino de «ciudad» (*polis*), pues, en la concepción griega, la ciudad es anterior a las personas que la integran, en tanto, en la romana, ocurre al revés, pues la *civitas* es, ante todo, la unión de las personas de estirpe romana (*cives*). En contraposición a «natural», «civil» y «político» aparecen identificados, por ejemplo, en la «guerra civil» (§ 118); y un «hijo político» es el yerno, que no es hijo por naturaleza, sino por afinidad (§ 106); también se contrapone «civil» a «canónico» (matrimonio) y a «militar» (guardia).

La misma amplitud del término «civil» facilita que se pueda recuperar la unidad de ordenamiento jurídico perdida por la atomización de las especialidades, en consideración a grupos sociales preferentemente interesados. En efecto, del mismo modo que, por el interés de los funcionarios del Estado, se independizó un Derecho Administrativo, el de los comerciantes dio lugar a un Derecho Mercantil y el de los obreros, al Derecho Laboral, con signos contradictorios—capitalista, aquél, y socialista, éste—; y hoy se está insinuando la nueva escisión del «Derecho del Consumo» por el interés de los consumidores. Todo este desorden de vulgarización del derecho parece que deberá ser superado en el futuro mediante la atracción unificadora de la relación de servicio (§ 84).

30. Pese a la asociación, en las universidades medievales, del derecho civil con el «c a n ó n i c o», propio de la Iglesia Católica, este otro derecho es esencialmente distinto del «civil», pues consiste fundamentalmente en el estudio de los oficios eclesiásticos, sus competencias y las funciones de las personas morales (§ 8) de la Iglesia; por lo que se aproxima más

al derecho público que al privado. Este derecho de la Iglesia se caracteriza por no ser patrimonial; tampoco es territorial, por la ausencia de sanciones ejecutables por la fuerza, ya que la fuerza física no es posible sin el control de un espacio físico concreto.

La nueva asignatura titulada «Derecho Eclesiástico» fue una invención alemana que, partiendo del error protestante de que la Iglesia no era una sociedad visible y por eso no podía tener un derecho propio, adoptó aquel nombre para referirse al derecho del Estado relativo a las distintas confesiones cristianas, constitutivas de distintas iglesias sin orden jerárquico; pero se trata hoy de un orden de derecho público para las confesiones religiosas de todo tipo, que resulta inadecuado llamar indistintamente «iglesias», pues no pretenden serlo muchas de ellas, como la judía o la islámica; por lo que también es impropio el mismo título de derecho «eclesiástico». El tema principal en el que se centra este nuevo derecho es el de la «libertad religiosa», que es más un principio de derecho constitucional que propiamente administrativo, como es el resto del Derecho Eclesiástico; parecido rango constitucional tienen las leyes pactadas con la Santa Sede: los Concordatos. Por lo demás, una parte importante del Derecho Eclesiástico es la relativa a la institución del matrimonio, como lo era ya en el derecho canónico tradicional.

El derecho público ha venido presuponiendo la existencia del Estado, y asocia lo organizativo con lo propiamente jurídico del control judicial de los actos de la Administración. Por lo demás, la extensión del control judicial a todos los actos de gobierno es un desajuste del llamado «Estado de Derecho» (§ 4).

31. Desde el punto de vista del Estado, el derecho público se presenta en tres niveles: el constitucional, el de gobierno o «político» y el de administración. Pero se añaden a aquél otras parcelas, atraídas por la mayor relevancia legal, como ocurre con el Derecho Penal y otras especiali-

dades que, siendo éstas, en el fondo, «civiles» quedan atraídas por ese preponderante interés público; así también ocurre con el Derecho Laboral, el Fiscal e incluso el Matrimonial. De las correspondientes asignaturas de derecho público se trata en el tercer capítulo: el de la organización social.

La contraposición entre derecho público y privado aparece muy claramente en la que, a lo largo de la historia, puede observarse entre el interés económico de la comunidad y el de los particulares: la autonomía privada es constantemente coartada por la imposición fiscal, por lo que aquélla trata de eludir ésta con prácticas más o menos fraudulentas.

En efecto, en estas materias, el derecho queda reducido a la forma legal de expresarse, aunque se integren, dentro de un orden de «situaciones», determinadas «relaciones» personales (§ 28). Así como las relaciones jurídicas de derecho privado podrían existir y tener vigencia sin necesidad de ley, estas otras implicadas en la organización social no existirían como jurídicas si no fuera por la existencia de la ley que las constituye.

Así, el contrato de compraventa o la herencia existirían aunque no hubiera ley que las regulara, pero la imposición de una pena por el delito cometido, la imposición de un tributo, la regulación del despido de un trabajador, incluso la indisolubilidad del matrimonio, a pesar de ser ésta de derecho natural, no existirían jurídicamente sin una ley positiva que las estableciera.

El derecho procesal, relativo al régimen de los juicios civiles, penales y administrativos, es, en realidad, una parte del derecho de la administración, como «Administración de Justicia» organizada por el Estado.

32. La «Economía política» no pertenece, evidentemente, al derecho, ni siquiera a las ciencias humanísticas entre las que el derecho se encuentra, pero se mantiene como asignatura de la carrera de Derecho, a pesar de existir Facultades de ciencias económicas y similares, como estudio complementario, aunque, de hecho, insuficiente, del «Derecho Fiscal».

Del «Derecho Internacional Público» se ha de tratar en el tercer capítulo como parte muy principal del nuevo derecho público. Su asociación con el «Derecho Internacional Privado» es forzada, ya que éste es claramente derecho civil. Una nueva conexión se ha introducido recientemente con el llamado «Derecho Europeo», asignatura que ha venido impuesta por el hecho político internacional de la constitución de la «Unión Europea», de la que se trata también en el tercer capítulo (§ 123). Es comprensible que esta nueva asignatura se haya asociado al «Derecho Internacional Público», pero, en realidad comprende mucho más que los aspectos organizativos de esta antigua asignatura, como son las materias constitucionales, administrativas, penales, etc.; de suerte que es prácticamente imposible encontrar profesores que lo abarquen totalmente para impartir una enseñanza adecuada.

En fin, en el plan de estudios de la carrera de «Derecho», aparte otras especialidades novedosas y menos estables, figuran las asignaturas de «Historia» y «Filosofía del Derecho».

La Facultad de Derecho, junto con la de Teología y la de Medicina, son las tres fundamentales y tradicionales de la

Universidad; las otras facultades, escuelas o titulaciones más especiales son sobrevenidas. La Facultad de Letras, hoy dividida por secciones separadas, empezó por ser un preparatorio universitario general, pero el desarrollo de la Filosofía la elevó al rango de «Facultad», de la que luego se separó la «Facultad de Ciencias». Lo característico de aquellas tres facultades primeras y fundamentales es que, por servir a una determinada formación profesional, no admiten la «libertad de cátedra», que consiste en no repetir programas completos ni tener necesidad de «libros de texto».

El cuadro de asignaturas de la Facultad de Derecho se ha ido complicando por la distinción de especialidades, y está hoy muy lejos de la unidad que los medievales podían contemplar en el *Corpus Iuris Civilis*; pero también estamos muy lejos de poder alcanzar una nueva unidad, que no debe ser excluida como imposible.

La sustitución de las «acciones» por el «proceso» (§ 22) determinó la separación del «Derecho Procesal», pero, a la vez, por la misma diferencia de los respectivos procesos, la del «Derecho Penal». La aparición del Estado dio mayor sustantividad al «Derecho Político». Luego, intereses sociales parciales motivaron otras especialidades por razón de las profesiones interesadas (§ 29).

XII.—33. La «Historia del Derecho» es fundamentalmente la historia de los textos jurídicos y de su relación diacrónica, es decir, cronológica. Por la importancia en ella de las fechas de esos textos, es propiamente «Historia», pero no es menos cierto que ya todo el derecho, también el actualmente vigente, es «histórico», pues también él consiste en textos fechados, cuya relación cronológica es esencial para su entendimiento.

Del estudio de los textos, el historiador del derecho abstrae el concepto de «i n s t i t u c i ó n» para refe-

rirse a ciertas realidades constantes en el transcurso del tiempo, que se pueden identificar a pesar de los posibles cambios; y así se habla de la «corona», de la «administración de justicia», del «matrimonio», de los «derechos de garantía», etc., como «instituciones jurídicas». *«Institutio»* quiere decir, primeramente, enseñanza, como «instrucción», pero, por haber temas objeto de un estudio estable, se llama también «instituciones» a los mismos temas.

El arte del historiador del derecho, como el de todo otro historiador, está en saber combinar los datos, incluso mínimos, con el amplio trazado de tradiciones y coyunturas: una microscopia de los textos con la macroscopia diacrónica y sincrónica de las instituciones.

Por lo demás, el historiador no puede ir más allá de lo que permiten los textos conservados, y debe resignarse a practicar el «arte de ignorar», a diferencia del jurista, que debe construir soluciones congruentes para los casos no previstos en los textos del derecho vigente. En derecho, la «i n v e s t i g a c i ó n» consiste en el hallazgo de nuevos datos históricos o de nuevas soluciones no previstas para posibles conflictos jurídicos.

La mera interpretación, así como la recopilación de datos ya conocidos y de opiniones doctrinales, y su ordenación sistemática no es investigación; tampoco la propuesta de reformas legislativas (*«de iure condendo»*). Distinta de la investigación doctrinal es la que pueden realizar los jueces, con ayuda de la Policía, para el trámite de prueba (§ 25).

Así como la Historia, en general, procede empujando por lo más antiguo para acabar en lo actual,

por analogía con la vida en general, lo más conveniente para el jurista que pretende hacer historia es seguir el método inverso, es decir, el de, partiendo del derecho actual, proceder retrospectivamente por los textos precedentes, hasta llegar a los orígenes.

En la Biblia, las genealogías, que tienen gran importancia histórica, son generalmente descendentes, pero alguna vez (como en Lucas 3, 23-38, al revés que Mateo 1, 1-16) es ascendente: este último es el orden más adecuado para la historia del derecho, pues evita mejor la falsa continuidad institucional cuando hay vacíos que interrumpen la tradición textual. Así, no es aconsejable, al intentar historiar la institución de una ley vigente, empezar por los tiempos antiguos, ni por el derecho romano, sino rastrear retrospectivamente la cadena de procedencias textuales señalando las posibles modificaciones hasta donde alcance la continuidad institucional.

34. Así como la Historia de cualquier disciplina convierte a ésta en Historia, la Filosofía, en cambio, permanece radicada en la materia a que se refiere. Así, la «Filosofía del Derecho» sigue siendo derecho, filosóficamente considerado.

Consideración filosófica es la que procede por deducción de primeros principios para descender a lo particular; en derecho, los «primeros principios» son los del derecho natural; por eso la «Filosofía del Derecho» es, ante todo el estudio del derecho natural.

En España, como asignatura, la «Filosofía del Derecho» vino a sustituir, por ciertos motivos ideológicos, la de «Derecho natural», y ésta se restableció, por motivos similares contrarios, sin suprimir aquella otra. De hecho, ambas asignaturas iban asociadas en la docencia, y a la consideración filosófica del derecho natural se debía el dar una atención prácticamente exclusiva a la «existencia» del derecho natural sin descender a sus instituciones concretas. Los exclusivamente filósofos se dedican ante todo a reflexionar sobre su propio pensamiento, con racionalidad metódica, sin pre-

suponer datos ciertos de los que proceder deductivamente; la filosofía, como su nombre indica, es un acceso a la certeza del saber, y, en este sentido, no sólo es antropocéntricamente subjetiva, sino también «escéptica», como declara aquella su confesión de «sólo sé que nada sé». El jurista, en cambio, no puede empezar por dudar, sino que debe partir de datos ciertos, que le vienen dados por el derecho natural (§ 14) y la naturaleza real de las cosas (§ 16); así, por ejemplo, no puede dudar de que, pese a las feministas, los sexos son naturalmente complementarios, ni de que, pese a los moralistas, no todo lo que las cosas producen, y menos el salario de un hombre, son frutos (§ 94).

Al fundarse el derecho natural en la Teología, los primeros principios del derecho se refieren a Dios, y, siendo Dios «uno», puede por esa vía alcanzarse una coherencia conceptual que resulta imposible si se parte inductivamente de la realidad humana, siempre rara y contradictoria.

El punto de vista filosófico que adopte el jurista puede variar según los distintos modos del pensar filosófico, pero la materia considerada es siempre la misma: la realidad de los textos jurídicos. Por eso, no puede dejar de haber una cierta coincidencia entre las distintas filosofías proyectadas sobre el derecho; por ejemplo, la corriente estructuralista no ha podido aportar grandes novedades jurídicas, aunque el orden jurídico, por su misma coherencia sincrónica, parecía ofrecer una materia propicia al análisis estructural. En último término, la historia de la filosofía jurídica parece evidenciar, que la filosofía más propia del juristas es la del *s e n t i d o c o m ú n*, entendido éste, no como opinión generalizada en un determinado momento histórico, sino como respuesta de una conciencia personal no perturbada por ideologías que, en el fondo, es «natural» (§ 13).

35. Distinta de la filosofía del derecho es la metahistoria jurídica, entendida como estudio de los tipos conceptuales que, por ser originarios, permanecen con una función rectora en la historia de las instituciones, y también efectivamente correctora de sus

desviaciones. Se diferencia de la filosofía en que procede inductivamente de los datos históricos y no deductivamente, como hace la filosofía, de los «primeros principios», es decir, de la «naturaleza»; pero trata de hallar la razón originaria, el *etymos nomos*, de las instituciones: del mismo modo que la «etimología» determina el sentido originario de las palabras a través de la historia, la «etimonomía» determina el de las instituciones. Precisamente por ser inductiva, la metahistoria jurídica está más cerca de la historia del derecho que de la filosofía jurídica.

36. Para la metahistoria jurídica son de interés los estudios de «D e r e c h o C o m p a r a d o», pues permiten inducir elementos comunes de distintas culturas, provenientes de arquetipos constituidos por la originaria unidad mental de los hombres. Pero, como ocurre en otros aspectos de la cultura, sobre esta unidad originaria se superponen tendencias de desviación y hasta de corrupción que dificultan reconocer el arquetipo común. Para conseguirlo, hay que depurar la historia de esas derivaciones aberrantes, y reducir la comparación a los que conservan en cierto modo la idea originaria.

Por analogía con el uso de los lingüistas, se puede hablar de datos heteróclitos, que no pueden entrar en la comparación conducente a la identificación del arquetipo. Así, por ejemplo, se da heteróclisis entre el dato romano del repudio del cónyuge, que procede de un régimen de matrimonio no-vincular, y el divorcio moderno, que procede de una secularización del matrimonio canónico: pese a cierta similitud sociológica, pertenecen a «declinaciones» distintas, sin la necesaria homogeneidad para una convergencia de metahistoria jurídica.

De la coexistencia pluricultural de las instituciones jurídicas no se sigue, sin embargo, un apoyo para la «unificación del derecho». Antes bien, la comparación jurídica estudia las anomalías dentro del marco de lo homogéneo, y no trata de superarlas por una unificación de tipo legislativo. En realidad, la unificación del derecho es un síntoma de la insuficiencia del Estado, con su régimen de derecho propio territorialmente delimitado (§ 124).

XIII.—37. La actual existencia del Estado (§§ 100 y s.) implica la tendencia a reducir todo el derecho al legislado, y, por eso, a la integración del derecho privado en el público.

Los Estados totalitarios llegan a eliminar el carácter privado de todo el derecho, pero también los Estados democráticos, al hacer depender el derecho de la voluntad actual y formal del pueblo, reducen el derecho al legislado. Es propio de las democracias de todos los tiempos el proclamar la «soberanía de la ley» y excluir toda otra forma de producción de criterios jurídicos, sobre todo, la «costumbre», que es esencialmente popular. De este modo se pone de manifiesto la diferencia profunda que hay entre la tradición romana del *populus* y la griega del *demos*, de modo que, en este sentido, se puede decir que la democracia no es «popular».

Teóricamente, la ley, como acto de potestad, es expresión de la voluntad del pueblo elector, pero esta consideración de su causa aparece más claramente en formas legales directamente aprobadas por los súbditos: el plebiscito, para decidir algo nuevo, y el referéndum, para confirmar o revocar una ley ordinaria.

Lex (raíz *leeg-*) era, en Roma, el dictado de un magistrado superior, que la asamblea popular podía rechazar; también los *legati* eran embajadores «mandados», y los *legata* (§ 75) eran «mandas» testamentarias; de la raíz *leg-*, en cambio, deriva «elección», «elección», «selección», etc. Una ley votada directamente por los ciu-

dadanos es un *plebiscito*; una votación popular que sirve para reafirmar otra ley recibe el nombre de *referéndum*; *plebis scita* eran, en Roma, las decisiones adoptadas sólo por la «plebe», que se asimilaron a las *leges* del pueblo entero; actualmente se refiere a la consulta popular directa; «referéndum» es un término moderno. El plebiscito ha servido a veces para dar un fundamento «democrático» a poderes excepcionales (§ 113). Como el referéndum puede revocar una ley anterior, se produce cierta confusión entre el «sí» y el «no» del voto, pues éstos deben referirse a la propuesta del referéndum y no a la ley afectada: el «sí», entonces, sirve para revocar la ley anterior, no para confirmarla; de esta confusión se ha valido en ocasiones la propaganda política para desorientar a los votantes; así sucedió en Italia con el referendum sobre la ley de divorcio.

38. La ley, con ser una importante «fuente del derecho», no es necesariamente la única.

«Fuente», en derecho, no pasa de ser una expresión metafórica tomada de la realidad física. Significa la forma de producirse el conocimiento de los criterios de derecho, sea en forma escrita, sea por la práctica reiterada de la costumbre. Así, decimos que la ley «es fuente de derecho» en el sentido de que el texto de la ley nos permite conocer los criterios que deben aplicar los jueces. Pero también la costumbre nos ofrece criterios de decisión jurídica.

Los criterios de justicia son siempre una doctrina jurídica producida por la prudencia de los expertos; como tal doctrina, es ya una fuente de autoridad si sus autores gozan de un reconocimiento social; cuando estos criterios doctrinales son reiteradamente aplicados en la práctica, se manifiestan como costumbre; y, si el que tiene el poder de legislar los «pone» en forma de ley, tenemos un derecho *positivo*, que es ya de potestad: la expresión de autoridad doctrinal se convierte así en expresión de potestad legal y en derecho «positivo».

La prudencia del legislador es ya prudencia de gobierno y no de autoridad (§ 99); por eso, el cambio legislativo no supone un cambio de saber —como si la ley anterior fuera «falsa» o errónea—, sino un ajuste de oportunidad. Así, no puede decirse del legislador que sea «sabio», sino «oportuno»: la sabiduría es la de la autoridad de los autores materiales de la ley.

La positividad de la ley, sin embargo, no equivale a *vigencia* de su derecho, pues, muchas veces, las leyes no son efectivamente aplicadas por los jueces. También los textos de autoridad pueden quedar desautorizados por la práctica actual, y lo mismo ocurre con los libros de derecho consuetudinario, que pueden quedar anticuados por una nueva práctica que «llega a hacer costumbre».

Esto resulta especialmente notable cuando se admite, como ocurre en el derecho foral de Navarra, que la misma ley puede ser desvirtuada por su desuso como costumbre; así, las leyes que recogen antiguas costumbres pueden perder vigencia por la aparición de costumbres contrarias, incluso por la aplicación de leyes estatales no-forales.

A diferencia de la ley, que debe ser conocida por el juez —según el aforismo «*iura novit curia*»: «el tribunal conoce el derecho»—, la costumbre, en tanto que es «hecho», debe ser probada por quien la alega en un juicio. A eso se debe la tendencia del derecho consuetudinario a ser convertido en ley escrita.

39. Aunque de origen consuetudinario, los derechos «*forales*» de algunas regiones de España se fueron convirtiendo en ley. En la medida en que tales derechos preexistían como propiamente regionales, su conversión en leyes estatales implicaba su equiparación al régimen común de tales leyes no-forales; en

otro caso, el derecho foral venía a incorporarse legalmente como derecho especial al derecho del Estado.

Sólo manteniendo el principio de su carácter paccionado —entre el gobierno regional y el rey o, en su defecto, el Jefe del Estado— podía salvarse la sustantividad regional de derechos forales; tal fue el caso, exclusivamente, del «Fuero Nuevo de Navarra», aprobado por ese pacto y, por ello, como pre-constitucional y sólo alterable por un nuevo pacto o, indirectamente, por un pacto de delegación en un órgano legislativo regional. La dinastía borbónica tendió a conservar mínimamente los derechos forales como privilegios reales, y la Democracia, a subordinarlos a la ley constitucional del Estado o a la unificación supraestatal (§ 123).

40. Por lo demás, la ley contiene siempre criterios jurídicos generales, como también puede suceder con la costumbre y la doctrina. Pero esos criterios tienen siempre en su origen una decisión para un caso concreto real o hipotético; muy frecuentemente, una sentencia judicial.

La autoridad de las sentencias judiciales es la fuente del derecho en la tradición jurídica inglesa —del «case law» o «derecho de casos»—, pero también suelen estar éstos —como «fazañas», en la tradición medieval hispánica— en el origen de las costumbres, y, desde luego, de cualquier doctrina. Por eso, en España, las sentencias del Tribunal «Supremo» se llaman «doctrina legal», es decir, como doctrina equiparada a la legislada a efectos de la posible apelación contra las sentencias de tribunales inferiores.

Puede decirse, pues, que la doctrina jurídica es la fuente primaria de todo derecho, y la ley, fuente del derecho positivo.

XIV.—41. Los libros jurídicos que recogen distintos preceptos legales, consuetudinarios o de autoridad doctrinal han sido frecuentes desde muy antiguo. Han servido para la información de los

jueces, sobre todo para dar un reconocimiento oficial a unos preceptos y excluir la aplicación de otros. Pero no siempre estos libros son oficiales, es decir, propuestos por el poder público del que dependen los jueces, sino que también han sido, a veces, de carácter privado, aunque su autoridad puede llegar a ser, de hecho, reconocida públicamente.

Así, en Navarra, la «Recopilación privada» (1961) se convirtió en «Compilación» (1973), y llegó a ser reconocida (por ley del Jefe del Estado pactada con el gobierno regional) como «Fuero Nuevo de Navarra», pero ya antes de serlo, fue tomada en consideración por los jueces.

Las formas de estos textos que coleccionan preceptos son muy variadas. Pueden ser simples *c a d e n a s d e t e x t o s* alegables en los juicios y agrupados por materias o tópicos argumentales; a este tipo pertenecen hoy los repertorios de precedentes judiciales atendibles para una determinada cuestión, que son de continuo uso en la práctica procesal.

Estos «bloques» argumentales presentan hoy, en la práctica de los actuales medios informáticos, el riesgo de un uso indiscriminado por el traslado mecánico, por copia rutinaria de un modelo, a textos —escritos de abogados, sentencias, incluso documentos notariales, etc.— relativos a casos no idénticos para los que los textos alegados no resultan pertinentes. Por lo demás, como la doctrina legal (§ 40) no siempre es acertada ni congruente, se echa de menos una selección oficial de las sentencias, a modo de un nuevo Digesto (§ 42).

Otras colecciones jurídicas son de mera acumulación de leyes o textos similares: las llamadas «*r e c o p i l a c i o n e s*», que, cuando distribuyen su contenido con un cierto orden por razón de materias, se llaman «*c o m p i l a c i o n e s*», y pueden llegar a convertirse en una ley única.

42. Distinto carácter tienen los «códigos», que no son ya colecciones de preceptos antiguos, sino cuerpos legales sistemáticos de nueva planta, cuyos criterios pueden ser antiguos, pero se presentan, en el momento de hacerse, como conjunto de normas nuevas, producidas por la prudencia del anónimo legislador, que los promulga como ley única.

«*Codex*», en su origen, es la forma de un cuaderno de páginas, frente al *volumen*, que es el rollo con columnas. La mayor manejabilidad del «código» hizo que fuera adoptado por la Iglesia desde fines del siglo I, y se usa desde mediados del siglo III para reeditar los textos jurídicos. El primer «código» romano de carácter oficial fue el de Teodosio II (en el siglo V), que contenía leyes dadas por los emperadores; de un siglo después es el parecido «*Codex*» de Justiniano, parte del «*Corpus Iuris*»; la doctrina, en cambio, se «recopila» en el Digesto, en forma de cadenas de lugares de distintos autores temáticamente ordenados.

Es el Racionalismo ilustrado el que adopta el nombre de «código» para los nuevos cuerpos legales, desvinculados ya de los textos históricos, como producto sistemático puramente racional.

El movimiento codificador, iniciado en Prusia (1793), se difundió, sobre todo, con el Código de Napoleón (1804); aunque Austria sigue el ejemplo en 1811, Alemania se resiste a la codificación (hasta 1900), por seguir con la tradicional vigencia del derecho romano actualizado como «Derecho de Pandectas». En España, la persistencia de los derechos regionales («forales») retrasa la codificación civil hasta 1889, aunque en el siglo XIII, se había compilado un derecho propio de España, distinto del «común» europeo: la ley de Partidas.

43. Los nuevos códigos civiles —y después, otras formas del derecho escrito— se dividen en «libros», «títulos» y «artículos»; también las nuevas leyes presentan una división similar.

«*Liber*», en latín, es la unidad formal de un *volumen*, y luego la división mayor de un *codex*. «*Titulus*» es la rúbrica que separa partes de un código o de un «libro», así como «*caput*» («capítulo») es el encabezamiento de las columnas de un «volumen» o de una parte de un «título». Del sentido formal de «título» se desprende el que esta palabra tiene como sinónimo de *causa*: por distinguir un texto alegable en juicio como fundamento de un derecho. En fin, «artículo» empezó por distinguir proposiciones teológicas (como en los «artículos de la fe») pero vino a servir para distinguir los preceptos legales de un «Código» en el sentido moderno.

44. Como todas las otras leyes, también los códigos tienen carácter general, y se promulgan con pretensión de perennidad. Las leyes que no son generales son «p r i v i l e g i o s».

El privilegio se da para favorecer a determinadas personas; y desde muy antiguo, aunque no han faltado excepciones (incluso recientes), se consideró inadmisibles el privilegio «odioso», es decir, el dado contra personas determinadas.

El privilegio establece un derecho especial, pero se distingue del «derecho singular» en que no tiene, como éste, una razón que lo justifique y permita la extensión analógica, sino que es de gracia, aunque pueda gratificar ciertos méritos personales. Distinto es el «b e n e f i c i o», dispensa legal que favorece a toda persona que, reuniendo los requisitos legalmente exigidos, lo solicite.

45. La «promulgación» de la ley puede coincidir con la «publicación» de la ley, pero se refiere más especialmente al acto formal de aprobación por el órgano legislativo competente. Esta aprobación formal aparece también como «s a n c i ó n» de la ley, aunque más corrientemente «sanción» se refiere a los efectos previstos para el supuesto de infracción de un precepto legal.

Aunque la supresión de una ley se llame «d e r o g a c i ó n», este término, por su origen, convendría mejor al cambio parcial de unos preceptos, y el de «abrogación», a la supresión total. La «rogatio» era, en la antigua Roma, el acto por el que el magistrado dictaba una ley, y «abrogar», el de revocarla por otra nueva. Aunque, por el lenguaje religioso, «rogar» equivale a suplicar, el originario carácter imperativo aparece en el verbo «irrogar», en el sentido de causar un daño, y, en especial, de imponer una multa.

La ley humana, por su misma naturaleza, no sólo admite excepciones en su aplicación, sino que también puede ser cambiada por otra mediante un acto formal similar al de su promulgación, aparte de que puede caer en desuso.

46. Dada la pretensión de racionalidad de las leyes, éstas solían justificarse con un proemio —antigua «arenga», luego, «e x p o s i c i ó n d e m o t i v o s»—, pero la inflación legislativa ha tenido como consecuencia el convertir las leyes en expedientes de utilidad que no necesitan justificación expresa, y que incluso se publican con la previsión de una posible reforma, quizá próxima. Esto ha quitado solemnidad a las leyes, y ha producido cierta indistinción entre ellas y otras disposiciones oficiales del gobierno, como decretos, órdenes ministeriales, reglamentos, etc., con lo que se desvanece la diferencia entre el acto del poder legislativo y el acto normativo del poder ejecutivo, que vienen a confundirse (§ 23).

Distinto de este progresivo deterioro del rango jurídico de las leyes es el hecho de que, desde muy antiguo, la publicación de ellas ha tenido a veces un fin didáctico o de propaganda gubernamental, y también, a veces, ornamental.

Importantes monumentos legales de la historia no han tenido como fin estricto el de su aplicación en los juicios, sino el de educar a los jueces en la prudencia jurídica: en este sentido se habla de leyes «didascálicas». Otras veces, las leyes o algunos de sus preceptos tienen carácter moral exhortativo de recta conducta, o incluso intimidatorio para disuadir de la mala. Asimismo, es frecuente que se adopte la forma legal para enunciar principios generales de ideología política, sin una pretensión práctica consecuente, como actos de propaganda. Por último, la exhibición de las leyes tuvo en la Antigüedad, independientemente de su aplicación o no, un fin ornamental de los espacios urbanos, pues el texto exhibido debía de resultar ininteligible para una población en gran parte analfabeta, como lo sigue siendo hoy por el tecnicismo de las leyes.

XV.—47. Los criterios jurídicos se presentan como *i m p e r a t i v o s* para el juez y el funcionario de la Administración, destinatarios directos de ellos, e, indirectamente, para todas las personas que, conociéndolos, puedan quedar afectados por ellos en algún conflicto real. Pero esa imperatividad no tiene siempre el mismo alcance e intensidad.

Ante todo, hay que distinguir entre el derecho propiamente «imperativo» y el «dispositivo», pues con este último se deja a los interesados la posibilidad de establecer un criterio distinto para la decisión judicial sobre sus propios actos. En efecto, hay casos en los que el precepto escrito aplicable hace la salvedad de su aplicación diciendo, de un modo u otro, «a no ser que otra cosa se haya dispuesto».

La «libertad civil» postula el más amplio ámbito para la responsable autonomía de las personas al ordenar sus propias relaciones jurídicas, con el mínimo de limitación legal, necesario para defender el bien común. Se habla, a este propósito, de «autono-

mía de la voluntad»: no en el sentido de que todo el derecho dependa de la voluntad de los individuos, sino en el más propiamente jurídico de que el orden del derecho civil cuenta con la responsabilidad de las personas que lo actualizan.

48. Todo el derecho es histórico en el sentido de que existe en un determinado tiempo. Procede siempre de una posición anterior, pero se proyecta siempre para ser aplicado en el futuro, aunque sirva para resolver casos del pasado. Cuando se considera inconveniente someter éstos a un derecho posterior, se habla de «irretroactividad»; lo que sucede especialmente con las leyes que imponen penas para delitos que no estaban tipificados y sancionados como tales antes de aquellas leyes.

El régimen de aplicación de los criterios jurídicos puede ser de tres tipos principales: se puede establecer una serie de preceptos legales que los jueces deben aplicar exactamente —éste es el régimen «reglado»—, o que deben servirles como orientación para la rectitud de sus juicios —es el régimen «discrecional»—, o, en fin, puede ser un régimen sin preceptos legales, que deja a los jueces juzgar en conciencia, según el propio arbitrio, ordinariamente basado en criterios doctrinales —es el régimen «arbitrario».

El adjetivo «arbitrario», en el lenguaje vulgar, equivale a «caprichoso» y, por ello, «injusto»; pero, como se ha dicho a propósito del arbitraje (§ 24), los árbitros deben dar sentencias justas, aunque no necesariamente ajustadas a preceptos positivos.

49. En relación con la diferencia entre el régimen de justicia «reglada» y «discrecional», está otra distinción relativa al sentido del precepto ofrecido al

juez: es la distinción entre «n o r m a» y «r e g l a»; este segundo término tiene un sentido distinto e incluso contrario al implicado en el adjetivo «reglado». En efecto, «norma» es la palabra que significa la escuadra para hacer ángulos rectos, y la «regla», en cambio, sirve para trazar líneas rectas. Así, en tanto éstas se limitan a señalar una dirección de rectitud, la «norma» viene a cerrar todo un conjunto coherente de preceptos, que sirven, no como guía, sino como marco para la prudencia judicial.

La generalización de la palabra «norma» es moderna, introducida por la doctrina alemana, y presupone un ordenamiento jurídico sistemático y cerrado como es el de los «códigos». En cambio, el derecho canónico, que es de régimen «discrecional», consiste en «reglas» —«cánones» es el equivalente de origen griego— y no en «normas». A pesar de ello, el derecho canónico se acomodó a la forma civil de los «códigos», y usa hoy la palabra «norma».

XVI.—50. La imperatividad de una ley se debe a su forma verbal imperativa; cuestión distinta es la de la **obligatoriedad moral** de las leyes. Porque la Ética afirma el deber moral personal de cumplir las leyes, pero este principio debe explicarse convenientemente.

La primera cuestión que aquí nos interesa es la de cómo puede obligar un precepto jurídico, aunque se haya publicado en forma de ley, cuando la persona que por él queda afectada en un juicio no conocía tal precepto, o, lo que viene a ser lo mismo, no lo entendía (§ 46). A este propósito, suele decirse que «la i g n o r a n c i a del derecho no excusa de su cumplimiento». Esto no quiere decir, claro está, que haya un deber moral de conocer y entender todos los preceptos jurídicos, ni siquiera los legales, pues tal deber sería imposible de cumplir, sino, simplemente, que el derecho se aplica aunque las personas afectadas, como será lo más frecuente, lo ignoren. La ignorancia de los hechos sí puede influir

en un juicio en relación con la exigencia de buena fe (§ 59), pero no la ignorancia del derecho, que es coactivo aunque se ignore.

51. Pero esto nos muestra ya que la obligatoriedad moral no depende de la misma imperatividad de la ley. En efecto, la voluntad de un legislador no puede obligar moralmente las conciencias individuales, sino que a éstas sólo puede obligar la regla moral personalmente aceptada. En consecuencia, la ley, por sí misma, no obliga moralmente, aunque se aplique independientemente de su aceptación o no por la conciencia del afectado por ella.

Esta no-obligatoriedad de la ley por sí misma no contradice el deber moral de acatar al poder constituido, pues este acatamiento no implica el deber de cumplir todo lo ordenado por ese poder constituido: una cosa es reconocer que tal poder tiene facultad y deber de ordenar la convivencia social, y otra distinta, que todos sus preceptos deban ser aceptados y voluntariamente cumplidos.

Sin embargo, hay un deber moral de contribuir al orden necesario para la paz social, y, en este sentido, el rechazo de los preceptos legales, aunque no sean éstos, por sí mismos, moralmente vinculantes, puede resultar imprudente cuando no hay motivos morales suficientemente graves para tal rechazo personal.

La antigua doctrina afirmaba que las «leyes injustas» no son «leyes», y que por eso no obligan; pero, de hecho, resulta hoy muy difícil saber siempre si una ley es injusta o no; el progresivo tecnicismo de las leyes impide hablar de su posible injusticia. Como complemento de esta problemática doctrina, se vino a admitir que algunas leyes que sancionan con una pena determinados actos que no son intrínsecamente injustos, no eran vinculantes en conciencia; pero también esto resulta de difícil aplicación, sobre todo si se

atiende a la expresa voluntad más o menos imperativa del legislador. En realidad, esta no- obligatoriedad de la llamada «ley merepenal» puede decirse de todas las leyes; a saber: que sólo por razones de prudencia personal los preceptos legales deben ser moralmente cumplidos, no por la mera imperatividad de la ley. Por lo demás, esas leyes «merepenales», que no obligaban en conciencia, sí podían ser objeto de aplicación forzosa.

En efecto, el rechazo personal de una ley no implica la exención del sometimiento forzoso a ella, pero puede presentarse el caso de que el rechazo sea también de ese sometimiento forzoso, como ocurre con la llamada «objección de conciencia». En estos casos, el legislador puede haber dispuesto formas de cumplimiento sustitutivo, pero, si no es así, tal rechazo equivale a una ruptura con la comunidad que tiene establecida como necesaria la ley objetada, con la consiguiente pérdida de los derechos establecidos para los miembros de tal comunidad, o, al menos, los correlativos a la situación legal rechazada.

XVII.—52. Así, pues, el derecho, para tener una efectividad no forzada por la simple coacción de los imperativos legales, debe coincidir con los imperativos de una Ética que resulta aceptada por la sociedad que trata de ordenar y, singularmente, por la conciencia moral del individuo.

La Ética es el orden de conducta recta socialmente vigente. Se diferencia de la Moral en que ésta se refiere a los hombres individualmente considerados: el imperativo ético es social, en tanto el moral es individual. Ambos imponen deberes a la conciencia de las personas, pero puede haber alguna divergencia entre la Ética y la Moral, cuando el régimen de la conciencia personal discrepa de la moralidad socialmente aceptada, como ocurre en los casos de objeción de conciencia a los que se ha hecho referencia en § 51. Pero la diferencia esencial está en que la Ética, en la medida en que es fundamento del ordenamiento jurídico, da lugar a la exigi-

bilidad coactiva de unos determinados deberes, es decir, al control judicial de su conveniencia, en tanto los preceptos morales no trascienden de la conciencia, que es individual.

A través de la Ética, el orden jurídico se integra en la moralidad, aunque siempre se reduzca al mínimo necesario para el bien común.

Dentro de este ámbito, el ordenamiento jurídico puede destacar algunos preceptos éticos de mayor gravedad, como inexcusables para la convivencia del grupo, y se habla entonces, en un sentido más especial de «orden público».

No debe confundirse este sentido del «orden público» de carácter ético fundamental con el de la paz del espacio público cuya defensa se encomienda a la Policía (§ 120). En sentido técnico, la «excepción de orden público» es un límite para la aplicación de un derecho extranjero según las reglas del derecho internacional privado. Por ejemplo, en España, la poligamia, a pesar de la actual aconfesionalidad del Estado, no es admitida por los jueces, en virtud de esa excepción ética.

Precisamente por esta implantación jurídica de la Ética, los preceptos jurídicos siempre imponen deberes. Si hablamos de «derechos», es porque destacamos la exigibilidad social de tales deberes (§ 10). Los deberes socialmente exigibles a los que se refiere el ordenamiento jurídico consisten en «servicios» que toda persona debe prestar a otras según las concretas relaciones que las unen (§ 12).

La doctrina distingue entre derechos «reales», que serían sobre las mismas cosas, y «personales», que son los de deudas exigibles de la persona del deudor. Esta distinción no deja de tener cierta utilidad sistemática, e incluso efectos prácticos en

relación con la publicidad (§ 73); pero no conviene olvidar que, en último término, la persona contra quien se ejercita una acción real —p. ej., la de propiedad— es una persona «obligada» a respetar una preferencia jurídica sobre una cosa que indebidamente retiene o cuya justa retención perturba. Las cosas mismas no pueden intervenir en los juicios como partes en conflicto, sino sólo las personas. En este sentido, los llamados derechos «reales» no son más que preferencias que otras personas deben respetar; y así, en último término, todo el derecho consiste en la obligación de conducirse de un modo correcto, que es lo que podemos llamar «servicios», teniendo en cuenta que los mismos titulares de esas preferencias «reales» tienen el deber de servir al bien común, con su aprovechamiento de las cosas sobre las que aquellas preferencias versan. En este sentido, todas las preferencias jurídicas o «derechos» implican, a su vez, un deber de servicio a los demás.

En efecto, el ejercicio de las preferencias jurídicas debe ajustarse siempre a las reglas de la Ética vigente, y, por eso puede resultar abusivo cuando perjudica a otra persona más que favorece al que tiene de la preferencia; se habla entonces de «abuso del Derecho», y los jueces pueden reprobalo, con lo que deja entonces de ser un ejercicio lícito (§ 12).

Ejemplo de abuso del derecho es el de un ejercicio que carece de interés razonable para quien tiene una preferencia jurídica, y se debe tan sólo a jactancia personal; se habla en estos casos de los «actos de emulación».

53. Así, pues, el derecho, consistente en «deberes de servicio», no se puede desconectar de las «vir-

t u d e s», principal contenido, no sólo de la Moral, sino también de la Ética.

El concepto de «virtud», que es estrictamente personal y moral, se ve hoy frecuentemente sustituido por el de «valor», que, aparte el significado que tiene como sinónimo de la virtud de la fortaleza (como en el dicho de que «al soldado el valor se le supone»), se refiere ordinariamente al precio en que las cosas pueden estimarse. Se trata, pues, de una sustitución de la Moral por la Economía: de la estabilidad de la Moral por la constante oscilación de la Economía (como en la «bolsa de valores»). Así, la expresión, con que se pretende ocultar este cambio, de «valores morales» es contradictoria, y es causa de confusión; y «jerarquía de valores» es una forma metafórica para aludir al «orden de los bienes» a las «virtudes».

Las dos virtudes que propiamente presiden el derecho son la Justicia y la Prudencia, virtudes cuyo alcance excede del derecho.

La Justicia es la virtud cardinal que se define como «voluntad constante y permanente de dar a cada uno lo suyo»: «constante», por no variar según los casos iguales, y «permanente», por no variar en el tiempo; pero atenta siempre a lo que es razonablemente desigual.

Esta «voluntad» es, como ocurre en los juicios jurídicos, la de quien decide sobre los conflictos jurídicos: siempre concreta sobre los «casos» de derecho; pero también es apreciable en el correcto cumplimiento de los deberes de cada persona —la justicia llamada «retributiva»— y en el correcto orden de distribución para el mantenimiento y defensa del «bien común», que es la propia del legislador o gobernante: la llamada justicia «distributiva».

El «bien común» es un concepto abstracto e indeterminado, pero que debe servir de guía y medida de toda actividad jurídica o social. No debe confundirse con el «interés público», que puede ser contrario al «interés privado», en tanto el «bien común» es siempre un bien también «privado», y viceversa.

En un sentido no-jurídico, la Justicia es la virtud de la voluntad correcta, empezando por la relación con Dios, y por eso, en el latín bíblico, «*iustitia*» equivale a «santidad».

«*Iustitia*» deriva de «*iustum*» (como *stultitia*, de *stultus*), pero viene a coincidir con el compuesto «*ius-(s)titium*», que significa el «cese del *ius*» (los días inhábiles para los juicios), es decir, la paz; en este sentido, la Justicia es la virtud de la paz.

54. Ahora bien, el dar a cada uno lo suyo sólo es posible cuando el que juzga conoce lo que es justo para el caso en cuestión, y esto depende de su *Prudencia*, que es, en general, la virtud cardinal de saber lo que conviene o no conviene hacer. El estudio del derecho va enderezado a la formación personal en la Prudencia del derecho, o *iuris-prudentia*, pues la virtud de la Justicia no se puede aprender por separado, sino como complemento de la Prudencia. La Justicia es una virtud volitiva, en tanto la Prudencia es intelectiva, y el entender es anterior al querer racional.

Siendo la Prudencia la virtud de lo que se debe hacer o no hacer, es evidente que se refiere siempre a casos realmente concretos, o, al menos a casos concretamente tipificados por una ley o una regla doctrinal. En este sentido, también el fundamento casuístico del derecho resulta de la misma Prudencia del derecho, es decir, la «jurisprudencia». Y, aunque este término se utilice preferentemente para referirse a la doctrina de tribunales superiores, todo saber jurídico debe reconocerse como «prudencia del derecho». La Prudencia del juicio, sea del juez, que dicta sentencia, sea la de cualquier jurista, que dicta dictámenes, es una prudencia de

autoridad, no como la prudencia del gobernante, que es de potestad. De la indistinción entre ambos tipos de prudencia resulta una confusión entre autoridad y potestad (§ 99).

Una solución prudente debe combinar la argumentación lógica de conceptos jurídicos claros con la necesidad de alcanzar una solución práctica y lo más sencilla posible; esta selectiva sobriedad conceptual con fines prácticos recibe el nombre de *elegantia jurídica* («*elegantia iuris*»).

55. La Prudencia es imprescindible para la Justicia, también por la razón de que de la Prudencia depende la Seguridad que el derecho requiere.

En primer lugar, una seguridad jurídica es ya la que procura la forma de muchas actuaciones, no sólo del procedimiento jurídico y administrativo, sino también de la voluntad privada constitutiva de relaciones jurídicas.

La exigencia de formas determinadas sustituye frecuentemente la racionalidad causal de las relaciones, es decir, el «fondo» de éstas (§ 19). No se trata de un formalismo arcaico y superable, sino de algo necesario para la seguridad jurídica. La voluntad personal es algo íntimo que debe ser exteriorizado por declaraciones, pero se asegura mejor su certeza por la concreción de la forma adoptada. Esto hace que el derecho no pueda prescindir de algunas formas de las que depende la seguridad jurídica.

Por otro lado, la seguridad requiere también una previsible certeza sobre el criterio aplicable y su aplicación. Distinta es la certeza del objeto, que se contrapone, no a incertidumbre, sino a indeterminación del contenido de un derecho. En efecto, el derecho carece de efectividad si carece de certeza acerca de su realización ordinaria, pues no sirve entonces

para constituir un orden de pacífica convivencia; por esto, hay momentos de la realización del derecho en que debe prescindirse de una extremada evidencia de la realidad por evitar la inseguridad de la incertidumbre; así, por ejemplo, la mera «posesión» o tenencia de hecho de las cosas (§§ 74 s.) debe ser defendida en tanto no se pruebe su injusticia, y la falta de reclamación durante un tiempo legalmente determinado impide una ulterior reclamación (§ 74).

Esta exclusión legal de un derecho por haber transcurrido un tiempo sin ejercitarlo recibe el nombre de «prescripción». Similar es la «caducidad» de la acción no ejercitada en un determinado plazo. La diferencia está en que el plazo de la caducidad, que vale por sí solo (*ipso iure*), es corto y sólo se puede interrumpir por la reclamación judicial, en tanto el de la prescripción, que debe ser expresamente alegado (*ope exceptionis*), puede interrumpirse por vía extrajudicial (§ 74). La distinción de efectos jurídicos *ipso iure* y *ope exceptionis* procede de la dualidad romana de derecho civil y pretorio; la «excepción», que modificaba el efecto civil, debía ser alegada por la persona interesada en ella.

Asimismo, la imprudente dilación en la decisión judicial debe considerarse ya como injusta, a pesar del posible deseo de agotar la reflexión sobre los argumentos de justicia. Es más: así como de los responsables del gobierno social lo primero que se pide es su capacidad de decidir, así también de los jueces; el juicio es intelectual, pero no puede prescindir de la voluntad decisoria.

Por otro lado, la seguridad jurídica depende en gran parte de la estabilidad de los criterios de decisión jurídica. En este sentido, es evidente que los del derecho público, más sensibles a los cambios de la Ética, resultan menos estables que los del derecho

privado; así, un código civil puede tener una vigencia de muchos años, incluso siglos, en tanto las leyes constitucionales, así como su interpretación, se suceden prontamente (§ 112). También por esto el derecho público es menos «derecho» que el derecho privado.

56. Por último, la Seguridad jurídica exige que las decisiones judiciales sólo sean definitivamente revisables: una ley es siempre revocable, pero una sentencia firme no lo es indefinidamente. Corresponde a un sentimiento humano el no conformarse con una primera decisión judicial desfavorable, y de ahí que exista generalmente la posibilidad de apelación ante un tribunal superior, pero sin exceder del que se considera último o «Supremo», cuyas sentencias no son ya humanamente apelables; cuando se constituye un «Tribunal constitucional» ante el que es posible acudir en recurso de «amparo», éste viene a ser la última instancia.

Aunque, en principio, un «tribunal constitucional» sólo debiera intervenir para controlar la constitucionalidad de las leyes dadas por el «poder legislativo», al admitirse el «recurso de amparo», ese tribunal puede revocar las sentencias del Tribunal Supremo, así como también puede desautorizar cualquier acto de la Administración y del poder ejecutivo. Pero, al ser los jueces del «tribunal constitucional» representantes de los grupos políticos, viene a superponerse una última instancia «política» sobre la propiamente independiente de los jueces. Con esta prórroga de la decisión judicial, viene a constituirse una instancia «soberana» sobre todos los otros órganos de decisión del Estado, y, en consecuencia, por la posible divergencia de criterios respecto a los propiamente jueces, viene a afectar también a la seguridad jurídica.

XVIII.—57. Similar a la Justicia es la Equidad, que consiste en la prudente realización

de aquélla, por superación del rigorismo del derecho positivo.

La equidad civil no es propiamente contraria al sentido de los preceptos jurídicos, sino que consiste en una aplicación de ellos bien ajustada al caso concreto; porque, al tener la ley una formulación general, su aplicación a un caso concreto requiere una adaptación.

En ocasiones, la equidad puede consistir en superar los vacíos jurídicos —«lagunas de la ley»— por medio de la *analogía*, y a no dejar sin decidir casos de perplejidad lógica (§ 54).

Por la equidad, viene el juez a constituir un derecho complementario del legal, pero nunca contrario a él.

Para los romanos, la *aequitas* y la *iustitia* se identifican, por no ser el suyo un derecho legislado; de hecho, el adjetivo *aequum* aparece en los libros jurídicos romanos en lugar de *iustum*, que es de uso más raro. Fue la Iglesia la que, al tener un derecho legislado, vino a difundir el concepto griego de «*epiqueya*» como de equidad superadora del rigor legal: la «*aequitas canonica*»; en virtud de este criterio, la discrecionalidad (§ 48) equitativa de los jueces eclesiásticos es mucho más amplia que la justicia de los jueces seculares. Pero también ha sido un tópico multiseccular de la retórica de los abogados el acudir a pretextos de equidad para eludir la recta aplicación del derecho.

58. La equidad judicial, en este sentido de superación del precepto legal por un deseo de alcanzar una justicia mejor, no debe confundirse con la *interpretación* de la ley. La interpretación es la operación intelectual de añadir a una expresión racional un complemento de inteligibilidad.

La ley, como todo texto, debe ser interpretada. Esta interpretación puede ser literal, es decir, en atención

al significado corriente de las palabras, o puede pretender identificar el sentido de la voluntad del declarante —legislador o autor de un documento—, aunque nunca puede desprenderse del auténtico sentido del texto; la equidad, en cambio, trata precisamente de hallar una solución al caso, cuando el precepto resulta insuficiente por su generalidad.

La interpretación de la ley es similar a la del testamento u otras declaraciones de personas fallecidas, y resulta más necesaria en esos casos que para otras declaraciones, por la razón de que el autor de la declaración no puede ya aclararla él mismo. Sin embargo, cuando, no la persona autora del texto, sino el órgano que promulgó la ley emite una aclaración de ella, se habla de interpretación auténtica. La identidad de autor no es entonces personal, sino la del órgano que promulgó la ley.

59. Asimismo debe distinguirse la equidad de la buena fe, pues ésta no es una actitud del juez, sino de las personas que intervienen en un acto jurídico.

Hablar de un juez de «buena fe» tendría tan poco sentido como hablar de un contratante «equitativo»; también la justicia de aquél es «judicial», la de éste, en cambio, es «retributiva».

La «fe» (*fides*) significa la lealtad entre las personas, es decir, la virtud de ser responsable en una relación personal concreta.

La «lealtad» no es exactamente lo mismo que la «fidelidad». Ésta es la observancia de un servicio responsablemente asumido por quien lo va a recibir, a causa de la confianza en la palabra del que lo propone; de ahí la *fides* religiosa respecto a la palabra divina, el Verbo. La «lealtad», en cambio, se refiere al cumplimiento

de lo convenido entre personas que, como iguales, pactan una «ley privada».

El adjetivo «buena» parece no añadir nada a esa responsabilidad de la lealtad, pero en derecho se habla siempre de «buena fe» porque se trata de un modelo de gestión prudente —un «standard» jurídico—, como también «buen hombre» («*bonus vir*») es un modelo, no ya de gestión como aquél, sino de justicia prudente, como debe ser la de un árbitro.

La palabra «lealtad» se refiere a la ley pactada por los contratantes, así como la «legalidad» se refiere a la ley pública, y la «legitimidad», a la ley natural.

En latín sólo se usa «*legitimus*» y en el sentido moderno de la legalidad: así como *iustus* es lo conforme al *ius*, *legitimus* es lo conforme a la *lex*. Por su parte, la *fides* interviene como recta conducta en muchas relaciones jurídicas, pero la *bona fides* sólo en las obligaciones recíprocas propias del *contractus*: todas las obligaciones contractuales o asimiladas a su régimen eran «de buena fe»; sólo ellas, no las obligaciones unilaterales; pero hoy, todos los actos jurídicos son «de buena fe».

Aunque la «buena fe» surgió con el sentido de lealtad contractual, como el contrato de compraventa solía servir de «causa» para la adquisición o prescripción adquisitiva (§ 55), la «*bona fides*» fue considerada, como «posesión de buena fe», requisito para tal adquisición. De ahí que «buena fe» haya venido a significar, en general, la recta conciencia de no perjudicar una preferencia jurídica ajena, y no sólo la del otro contratante.

XIX.—60. La falta de lealtad es ya una conducta contraria a la Justicia «retributiva». La injusticia de la deslealtad puede presentar distintos grados:

puede consistir en engañar —lo que se califica en derecho como «dolo» («*dolus malus*» de los romanos)—, o en descuidar negligentemente lo que exigía mayor cuidado (la «*culpa*»), o en eludir un deber legal o convencional sin infringir abiertamente lo ordenado, que es el «fraude» («*fraus*» de los romanos).

Así, quien se niega a pagar o se pone intencionadamente en la imposibilidad de pagar una deuda, obra con dolo; el que se retrasa en pagarla incurre en una «*mora*» culposa; quien elude la reclamación de una deuda para que ésta caduque o prescriba legalmente por el transcurso del tiempo (§ 55) comete «fraude».

La forma más clara de injusticia por falta de lealtad es la mentira. La mentira consiste en faltar a la *veracidad* con la intención de engañar a otra persona. El deber de veracidad es de derecho natural —octavo Mandamiento—, pero el hombre no puede, por sí mismo, alcanzar siempre la Verdad, y por eso su deber no es el de decir la Verdad, sino lo que en conciencia cree él ser la realidad de las cosas y conductas, y ésta es la Objetividad. Es frecuente que los testigos, aunque sean sinceramente veraces, no coincidan en sus declaraciones, siendo así que la Verdad es siempre única.

La dialéctica judicial consiste en la contradicción de argumentos por parte de los que se hallan en conflicto, alegadas por los respectivos abogados, que no son representantes —como son, en cambio, los «procuradores»— sino «defensores». El deber profesional de éstos es el de agotar todos los argumentos que sean favorables a los intereses de los «clientes» que defienden, con el fin de que el juez, a la vista de esa contradicción argumental, decida su sentencia. El

abogado no debe asumir la función imparcial del juez, sino la parcial que le corresponde en el juego dialéctico del juicio; no es él, sino el juez, quien debe declarar la solución justa; el abogado, en cambio, sólo puede proponerla, y lo hace, naturalmente, de la manera más favorable a su cliente.

En principio, nadie puede ser forzado a hacer declaraciones en propio perjuicio (§ 26), y también los abogados pueden silenciar los datos que no son favorables a su causa, sin por ello incurrir en mentira.

Las declaraciones que la Administración exige, si son en contra de los intereses del declarante, pueden considerarse como contrarias al derecho natural, aunque tal exigencia suele ser frecuente por parte, sobre todo, del Fisco: éste puede averiguar por sus propios medios en qué medida debe exigir impuestos, pero es abusivo por su parte el exigir que los contribuyentes hagan declaraciones en contra de su propio interés.

Esto resulta más notable cuando se trata del abogado del acusado en un juicio criminal, que no sólo «debe» silenciar los argumentos, sino también los mismos «hechos», aunque los conozca por habérselos confiado su cliente. En efecto, si el defensor del reo no ocultara esos hechos por él conocidos y que pueden resultar contrarios al reo, no sería posible la defensa de los supuestos criminales, y el resultado sería más injusto que el de permitir, en su defensa, la ocultación de esos hechos.

En realidad, el defensor del reo debe cumplir el «papel» que le toca en la «escena» del juicio, y no miente al ocultar datos por él conocidos, como tampoco mienten los actores teatrales, pues no pretende engañar al juez, sino defender la integridad de su cliente, que no podría ser defendido de otro modo. El deber moral de veracidad debe ceder, en este caso, a la necesidad ética de no con-

denar a un reo indefenso, o por meros indicios; tampoco por presunciones (§ 26).

61. La deslealtad es una modalidad de la injusticia, pero el ordenamiento jurídico suele tipificar algunas conductas personales más gravemente reprochables como actos ilícitos sancionados, bien con la privación de efectos, bien con penas; de los primeros se trata en el segundo capítulo, bajo el concepto de «nulidad», y de los segundos, en el tercero, bajo el concepto de «delitos».

«Lícito» quiere decir lo «no-prohibido» por el derecho y éticamente «permitido»; «ilícito» es, pues lo que el derecho no admite. «Delito» viene del participio del verbo latino *delinquere*, que significa «cometer una falta», es decir, la conducta judicialmente reprochable; pero hoy llamamos «faltas» a las conductas delictivas menos graves, y «crímenes» —del latín *crimen*, «fallo judicial en causa penal»— a los delitos graves. En la antigua Roma, los *delicta* daban lugar a acciones penales privadas, y los *crimina*, a juicios públicos como hoy.

Aunque el legislador despenalice a veces algunos delitos, si éstos son actos intrínsecamente ilícitos, siguen siéndolo para el derecho privado.

Así, p. ej., si la blasfemia es despenalizada por un legislador agnóstico, que incluso puede llegar a subvencionarla y reconocer la personalidad jurídica de un grupo dedicado a su propagación, no por eso deja de ser la blasfemia un acto ilícito para el derecho civil, que seguirá considerándola como causa o condición ilícita para un acto privado. Esto muestra la mayor estabilidad ética del derecho civil que la del derecho penal.

La ilicitud implica un reproche ético del ordenamiento jurídico, pero que no siempre tiene como consecuencia la nulidad del acto o una sanción penal.

El derecho romano distinguía entre leyes «perfectas», que anulaban el acto, leyes «imperfectas» que no tenían ese efecto, y

«menos que perfectas», que sólo penaban el acto, sin anular sus efectos. El derecho canónico distingue la «ilicitud» simple como efecto de leyes «imperfectas».

XX.—62. Como conclusión de este primer capítulo —de «conceptos generales»— podemos ofrecer una definición de lo que sea el derecho: «aquello que aprueban los jueces respecto a los servicios personales socialmente exigibles».

Pero no podemos olvidar que, corrientemente, sobre todo en el uso escolástico, se llama «derecho» a ciertos ordenamientos o casos en los que falta la intervención de un juez independiente, como sucede en el régimen jerárquico y discrecional de la Iglesia, o en formas de organización, como ocurre con gran parte del derecho público. Se puede hablar entonces de derecho impropio, y a él se dedica el capítulo tercero, después de uno segundo sobre el derecho propiamente dicho.

Los jueces pueden ser, no sólo los de la jurisdicción ordinaria, sino los de jurisdicciones especiales, como son los de los «tribunales de honor» de carácter profesional, los militares, los de «corrección de menores», etc. Distinto del derecho «judicial» es el que puede llamarse derecho «disciplinar», en el que la sanción proviene de una potestad superior, como ocurre, no sólo en el derecho militar, sino también en el derecho canónico, cuyos «jueces» son los que tienen la «potestad sagrada»; por eso la «jurisdicción» se identifica allí con el gobierno de la Iglesia que tienen los Obispos y, como supremo e inapelable, el Papa.

Al margen del derecho «judicial» y del «disciplinario» queda todo lo que excede de un juicio por no ser propiamente jurídico; afortunadamente, no toda la actividad humana es jurídica.

Por ejemplo, una limosna de alimentos es, efectivamente, una donación, pero el invitar a comer a alguien queda fuera del ámbi-

to del derecho, pues la comida no ha llegado, en ningún momento, a aumentar el patrimonio del invitado.

En especial, sólo por el error del «Estado de Derecho» se ha pretendido juridificar conflictos que no son judiciales como el terrorismo, la corrupción política y el desorden que la Policía debe reprimir (§ 23).

Una definición como esta del derecho sirve, aun más que para concretar la identidad de un concepto, para excluir lo que debe quedar fuera de él.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO PROPIAMENTE DICHO

XXI.—63. Derecho propiamente dicho es el derecho privado, incluyendo en él aquel derecho público que puede dar a las personas privadas (físicas o jurídicas) ciertas preferencias reclamables contra la Administración pública mediante un juicio contencioso. Así, aunque, en principio, es un derecho de relaciones, por esa extensión pública, puede ser también de situaciones (§ 28).

El juicio sobre actos administrativos es privado cuando interesa a personas privadas, pero la ejecución de sus sentencias no deja de depender de la voluntad del poder ejecutivo, por lo que puede verse afectada por la resistencia de ese poder en razón del interés en defender su propia Administración. De ahí resulta que, a veces, tales sentencias quedan sin ejecución, lo que es más propio de las sentencias que indebidamente se interfieren en la vida política (§ 23).

Lo que caracteriza este ámbito jurídico es la posibilidad de juicio por jueces imparciales, a los cuales

no se hallan subordinadas las personas interesadas en la resolución del conflicto que les afecta.

No quiere esto decir que no pueda haber Justicia en la decisión de otro tipo, por ejemplo, por vía «jerárquica» (como ocurre en el derecho canónico, § 62), pero sí que sólo cuando se da esa imparcialidad del juez, su decisión conserva el carácter de acto de autoridad y no de potestad, y no se implica la Justicia con el Gobierno.

Se puede distinguir, pues, entre un «derecho judicial», que es el propiamente derecho, y el «derecho disciplinario».

Un régimen de disciplina puede darse en instancias sociales muy varias. No sólo en el Ejército (§ 118) y en la Iglesia (§ 62), sino en otras instituciones de la organización social, como son las universidades y otros centros de enseñanza, los colegios profesionales, asociaciones deportivas, sindicatos profesionales, partidos políticos, etc. Un carácter especial pueden tener las comisiones parlamentarias para la investigación de corruptelas políticas, cuyo juicio excede de la competencia de los jueces ordinarios (§ 23).

64. El derecho es privado cuando se refiere a conflictos que pueden ocurrir entre personas acerca de sus preferencias jurídicas (§ 12) sobre las cosas. El acto de reclamación mismo, en cuanto da lugar a una decisión judicial, se puede llamar con el antiguo término romano de «acción» (§ 22). Con este término se construye la tríada «personas-cosas-acciones», que se divulgó en la tradición doctrinal de la docencia romanística, y hasta llegó a configurar la codificación canónica del siglo XX.

El hecho de haber servido como tríada institucional para uso docente pudo inducir a que se considerase referida a un reparto institucional, como si se tratase de «partes» del estudio del derecho. En rigor, no se trata de «partes», sino de «elementos» conexos y sólo conceptualmente aislables; porque el derecho consiste siempre en posibles juicios («acciones») en los que intervienen

necesariamente «cosas» y «personas». No son, pues, entes separables, y su constante conexión funcional hace que las variaciones naturales o convencionales de cualquiera de esos elementos determinen otras correlativas en los otros. Así, p. ej., los bienes que pueden corresponder al que se espera que nazca («*nasciturus*») determinan una posición especial de aquéllos y una forma también especial de litigar sobre ellos en interés del feto; o, por otro lado, que la acción se presente como real o personal (§ 12), determina, no sólo sus consecuencias sobre los bienes, sino también la posición personal del que pretende la preferencia sobre ellos; en fin, de la naturaleza misma de los bienes depende igualmente la entidad de la preferencia y la posición de los que la pretenden.

Al quedar las «acciones» apartadas como tema del «Derecho Procesal», el «Derecho civil» se refiere hoy a las «personas» y «cosas».

Hay todavía otro elemento —en cierto modo, el más importante desde el punto de vista del derecho—, que es el de «a c t o». Dentro de la realidad que interesa al derecho —los «hechos» jurídicos—, son «actos» los que hacen las personas.

65. Habiendo tratado ya (§§ 5 ss.) de la persona como proyección relacional de la individualidad humana, así como de la personalidad jurídica o colectiva (§ 8), interesa detenerse aquí sobre los actos jurídicos, que son precisamente la manifestación ordinaria de la personalidad en la existencia del derecho. En último término, todo el derecho consiste en actos jurídicos. Las mismas «acciones» (§§ 22 ss.) son actos jurídicos, por excelencia, aunque por su carácter judicial se distinguen de los propiamente privados.

Aunque el acto es el centro de derecho, no es, sin embargo, lo «primero», pues presupone la «persona», que es anterior a la manifestación de su existencia; también la creación presupone al Creador.

Así, pues, una vez hecha la contraposición entre «personas» y «cosas» (§§ 3 ss.), para el estudio del derecho propiamente dicho, los dos términos que hay que considerar son los actos jurídicos, siempre personales, y las cosas que tales actos tienen por objeto; trataremos primero (§§ 69 ss.) de aquéllos, y luego (§§ 90 ss.), de las cosas.

«Acto» viene del latín «*agere*», que es lo que el hombre hace con un determinado fin; cuando el fin es de producir algo, se habla más concretamente de «*facere*», de donde «hacer», que, en español equivale a *agere*; por lo que se puede decir indistintamente hacer una mesa, una poesía, un testamento, un pago, una gestión, una aceptación, un delito, etc.

Los actos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos (§ 61). Pueden hacerse para surtir efecto después de la muerte (*mortis causa*) o en vida (*inter vivos*). Pueden ser por una contrapartida económicamente interesante —«*onerosos*»— o sin ella —«*gratuitos*»—; dentro de esta última clase hay que distinguir los «*lucrativos*», que son los que producen un aumento patrimonial unilateral, como es la «*donación*».

Por influencia alemana («*Rechtsgeschäft*»), se habla también de «negocios jurídicos»; generalmente sin diferenciarlos suficientemente de los «actos», lo que complica más que enriquece el vocabulario jurídico.

Los actos jurídicos son *causales* cuando tienen una *causa*, de la que dependen sus efectos; así, por ejemplo, el acto de pagar una deuda tiene como causa la existencia de esa deuda. Pero hay actos cuyos efectos no dependen de la causa del acto, sino del acto mismo; por ejemplo, la entrega de una limosna tiene por causa la voluntad de donar y aceptar la

donación, pero ese acto convencional de donar y aceptar la donación carece de causa jurídica: puede deberse a motivos psicológicos más o menos honrosos, pero no a una causa jurídica.

Hay, por otro lado, actos que sí son causales, pero cuya causa queda como supuesta, y valen por su forma, independientemente de la causa que realmente tienen; aunque, ordinariamente, sus efectos pueden quedar invalidados si se prueba la inexistencia de esa supuesta causa conforme a derecho: estos actos se llaman «*abstractos*»; son actos cuya causa no es necesario probar.

XXII.—66. La relación jurídica que puede intervenir entre las personas es variable, tanto por razones estrictamente individuales, como son la capacidad o incapacidad (§ 6), cuanto por el tipo de acto que esas personas realizan.

Desde el punto de vista del derecho, el tema de la capacidad o incapacidad interesa precisamente en función de los actos que las personas pueden o no pueden realizar: se es capaz o no para determinados actos jurídicos.

Por lo que a la «capacidad» personal se refiere, hay que distinguir la posibilidad general de ser persona en derecho —llamada «capacidad jurídica», de la de poder realizar actos jurídicos válidos —llamada «capacidad de obrar»—. La primera, en principio, la tienen todos los seres humanos.

Si, a pesar de esa generalidad de la aptitud para figurar como persona en derecho, se sigue distinguiendo la «capacidad jurídica» de la de «obrar», esto se debe a la inercia doctrinal de la tradición romanística, que partía del hecho social, de la antigua Roma, de que había hombres sin libertad: los esclavos, que, aunque, en cier-

tos aspectos, tenían reconocida su naturaleza humana, entraban, por otro lado, como «cosas» en el patrimonio, aproximados en parte a los animales auxiliares del hombre, los de «tiro y carga».— A pesar de que, de un modo u otro, la esclavitud no ha desaparecido del todo, la mentalidad moderna prescinde, en principio, de la existencia de hombres esclavos. Con todo, no deja de ser imaginable que el derecho positivo excluya de la capacidad jurídica, dentro de una determinada comunidad, a sectores humanos por razón de nacionalidad, de raza o de situación penitenciaria; más ordinariamente, sin embargo, estas situaciones dan lugar a exclusiones de participación en preferencias concretas, públicas o privadas, con lo que se produce una aproximación a una específica incapacidad de obrar; por ejemplo, si se excluye a los extranjeros de la propiedad inmobiliaria o a los delincuentes reclusos, de la contratación.

La incapacidad de obrar depende de datos naturales como la edad o la enfermedad mental, pero deben ser legalmente determinadas con exactitud, por exigencia de la seguridad jurídica (§ 55).

Respecto a la incapacidad de obrar por menor edad, se interfieren consideraciones de derecho público, como la facultad de contraer matrimonio, de votar en las elecciones o la obligación del servicio militar, con la propiamente civilística de la responsabilidad para poder realizar actos jurídicos. Las oscilaciones históricas en esa determinación legal se deben a esa diversidad de consideraciones; así se explica también que la aptitud sexual de la pubertad no coincida legalmente con la madurez para administrar un patrimonio o desempeñar cargos públicos.

67. La capacidad «jurídica» considerada como atributo de la personalidad presupone la igualdad de todos los hombres. En principio, el derecho se funda hoy en esta igualdad; pero el tema de la igualdad y desigualdad de los hombres es complejo, pues en ese principio de igualdad se interfieren consideraciones de desigualdad fundadas en diferencias tanto naturales como convencionales.

De entrada, hay que admitir que, por su misma individualidad natural —ya por el llamado «código genético»—, cada hombre es irrepetible, aunque quede uniformado por la pertenencia a un determinado grupo del género humano; pero, dentro de esta delimitación, hay diferencias permanentes, como es, ante todo, el sexo; otras accidentales, como puede ser la demencia u otras enfermedades impeditivas, por ejemplo, la sordomudez o la ceguera; y otras transitorias, como la minoría de edad.

Sobre estas desigualdades naturales se superponen en la existencia social otras por determinadas posiciones públicas o privadas: públicas, como la de gobernantes o gobernados, y por las distintas funciones públicas; y privadas, por las relaciones interpersonales, como la de propietario o inquilino, demandante y demandado, acreedor y deudor, etc.: la «personalidad» (§ 5) es la que diferencia a los «hombres». Pero estas diferencias personales son compatibles con cierta igualdad convencional, como la de la llamada «igualdad ante la ley», la indistinción a efectos del sufragio (§ 115), etc.

Aunque la ley tienda a igualar a las personas, subsisten siempre diferencias naturales irreductibles a una igualdad absoluta, y la misma ley debe reconocerlas; por ejemplo, en razón de ciertas incapacidades personales.

La diferencia de sexos no es causa de incapacidad civil, pero sí da lugar a ciertas inhabilitaciones para algunos oficios públicos; por lo demás, incluso cuando la ley iguala, persisten diferencias de hecho que la misma ley no puede ignorar; por ejemplo, la certeza de la maternidad frente a la paternidad sólo presuntiva (§ 26), o las consecuencias más graves del adulterio de la mujer.

Se habla, respecto a las incapacidades accidentales, de *incapacidad de obrar*. Para subsanar esta incapacidad, el derecho debe proveer instituciones como la tutela, constitutivas de la función tutora que naturalmente compete a los padres, que pueden venir a faltar durante el tiempo de aquella incapacidad de obrar.

Distinta de la incapacidad de obrar, que depende de deficiencias personales es la *inhabilitación* que por razones jurídicas puede impedir la validez de ciertos actos; por ejemplo, cuando una razón de congruencia jurídica impide que una persona pueda hacer determinados actos sobre bienes aunque de algún modo le pertenezcan; por ejemplo, cuando se le impide disponer de bienes que le han sido embargados.

68. La naturalidad de la desigualdad humana se presenta de manera especial en la estructura *familiar* (§ 107). Se funda ésta ya en la necesaria desigualdad natural del sexo de los cónyuges. A ella hay que añadir la desigualdad también natural entre padres e hijos, entre parientes más o menos próximos, por sangre, por adopción de hijos ajenos, o por afinidad con los parientes del cónyuge. La misma parentela que forma una «gran familia» se compone de desiguales.

Para medir la distancia que existe entre personas de la misma familia se debe atender a las *líneas*, y a los *grados* dentro de ellas. Las líneas son: la *recta*, que une a los ascendientes con los descendientes (línea «ascendente») o al revés (línea «descen-

dente»), y la *colateral*, que une a los que proceden de un ascendiente común; que es por «troncos» respecto a la ascendencia y por «estirpes» respecto a la descendencia. Dentro de cada línea se cuentan los grados por los engendramientos o «generaciones» ocurridos.

Así, entre padres e hijos hay un grado de línea recta, y entre bisabuelos y bisnietos, tres grados. Pero, respecto a los colaterales, hay que remontarse al ascendiente común; y así, los hermanos están en segundo grado, los tíos y sobrinos en tercero entre sí, los primos hermanos, en cuarto, etc.

Asimismo, existen dentro de las familias otras desigualdades psicológicas o sociales que pueden acentuar las diferencias dentro de sus miembros, como el celibato, la viudez, la ancianidad, la profesión o el patrimonio.

XXIII.—69. La desigualdad que implica la incapacidad de obrar se funda en la consideración de que los actos jurídicos son manifestaciones de la voluntad personal, por lo que ciertas disminuciones naturales de ésta son consideradas por el derecho como causas de una incapacidad de obrar.

Como todo el derecho se funda en la certeza ética de la *responsabilidad* de las personas (§ 21), y ésta presupone la libertad de la voluntad humana, todo el orden jurídico resulta de las distintas formas de manifestarse la voluntad. No sólo el establecimiento del orden objetivo de convivencia es un producto de la voluntad del legislador o del que toma una decisión que puede regular la convivencia social, sino que también el derecho privado consiste en la actuación de la voluntad personal, y en este sentido

puede entenderse la «autonomía de la voluntad» (§ 47).

Los actos, también los ilícitos (§ 61), son manifestaciones de voluntad, pero llamamos «*d e c l a r a c i o n e s*» a aquellos actos cuyo fin es precisamente el de manifestar una voluntad de efectos jurídicos. Así, el acto de cazar «manifiesta» la voluntad jurídica del cazador, en tanto el acto de vender lo cazado «*d e c l a r a*» la voluntad de hacer un contrato.

Cuando la declaración se hace mediante palabras orales o escritas, si éstas no son claras por sí mismas, deben ser interpretadas, como también sucede con las leyes (§ 58). Sin embargo, en la medida en que, por la exigencia de la seguridad jurídica (§ 55), los actos se revisten de una forma necesaria para su validez, debe entenderse que los declarantes han querido realizar aquel acto formal con sus efectos ordinarios, y la interpretación sólo puede ser entonces de los elementos accidentales.

Aquellos actos que implican indirectamente una declaración no expresada con palabras se llaman «*a c t o s c o n c l u y e n t e s*». El mismo acto de no declarar nada, directa o indirectamente, el *s i l e n - c i o*, puede valer, según los casos, como una declaración positiva o negativa; también puede carecer de interpretación posible.

Al contraer un matrimonio, el silencio de uno de los contrayentes vale como negación; cuando, en una junta, se lee el acta de la sesión anterior, el silencio vale positivamente como aceptación; pero el silencio de quien no ha sido interrogado no vale como declaración, ni positiva ni negativa. En la Administración pública, el silencio de oficio, al transcurrir un tiempo legalmente determinado, da lugar a la presunción de una voluntad negativa (§ 26).

70. La incapacidad de obrar determina la invalidez de los actos realizados sin los requisitos legales subsidiarios; como también son inválidos los actos que la ley prohíbe o que de algún modo no se ajustan a las exigencias legales de carácter formal o de fondo. Pero la invalidez puede depender también de las inhabilitaciones legales (§ 69), y de eventuales defectos de la misma declaración: los llamados vicios de la voluntad.

La voluntad personal puede estar «viciada» por un error que impide la certeza de la declaración, por la simulación, que impide aceptarla como realmente voluntaria, y por la coacción que ha podido privar de libertad al declarante.

Aunque los civilistas hablan de una posible coacción física irresistible («*vis absoluta*»), la coacción consiste ordinariamente en la intimidación, es decir, en el temor que causa una amenaza de daño futuro; en consecuencia, el juez sólo la tiene en cuenta cuando se alega en juicio, y puede también discernir su gravedad suficiente para privar de efectos al acto realizado.

La invalidez no tiene siempre la misma intensidad, sino que, según sus causas, puede ser una nulidad absoluta o una nulidad relativa a determinados efectos del acto o respecto a determinadas personas; respecto a las personas, se habla de inoponibilidad de un acto en sí mismo válido pero que no se puede hacer valer contra una determinada persona preferentemente protegida por el derecho. Puede ser también una anulabilidad, es decir, una impugnabilidad sometida a ciertos límites, que deja íntegro el acto cuando no es efectivamente impugnado.

De la anulabilidad hay que distinguir la *r e s c i n - d i b i l i d a d*, que consiste en la impugnabilidad por la posible lesión patrimonial injusta que puede causar a alguien un acto por sí mismo válido; la facultad de «rescindir», a diferencia de la de «resolver» (§ 71), es siempre legal.

En fin, la plena validez de un acto puede depender a veces de la confirmación por una declaración posterior —*r a t i f i c a c i ó n*—, así como también un acto deficiente puede alcanzar validez por una declaración o un hecho posterior previstos por la ley —*c o n v a - l i d a c i ó n*.

71. Los efectos de un acto jurídico también pueden ser abolidos por la revocación o la resolución.

La *r e v o c a c i ó n* es una declaración por la que el que hizo otra anterior puede privarle de efectos sin que otra persona pueda impedirlo, aunque sea en contra de su propio interés. El caso más típico es el del testamento, que es esencialmente revocable en tanto no se haya hecho conjuntamente con otra persona, que sí podría oponerse a la revocación unilateral de la otra.

Como el testamento es un acto *mortis causa*, los eventuales interesados no adquieren preferencia alguna antes de la muerte del testador, y no pueden oponerse a la revocación; pero también en las donaciones *inter vivos*, aunque el donatario adquiriera una inmediata preferencia patrimonial, pueden ser revocadas por el donante cuando se dan circunstancias legalmente determinadas que hacen lícita la revocación; en este caso, el acto ha producido ya algún efecto, pero deja de producirlos en el futuro.

La *r e s o l u c i ó n* consiste en el cese de los efectos de un acto jurídico en virtud de una declaración

anteriormente aceptada por la parte a la que puede afectar negativamente, incluso con la carga, a veces, de tener que devolver las ventajas obtenidas antes de operarse la resolución.

Debe, pues, distinguirse la «resolución», que siempre supone una previa aceptación de tal evento, de la «rescisión» (§ 70) que es siempre en virtud de una previsión legal y no convencional (§ 70).

72. Los efectos del acto jurídico pueden verse afectados por el acuerdo inicial de las personas que intervienen en el acto, en previsión de un hecho futuro.

Cuando el hecho previsto es cierto que ha de suceder, aunque no se sepa cuándo, se habla de t é r m i n o (*dies*, en latín); de este tipo son los plazos establecidos por la voluntad de los interesados, no los fijados por la ley. Cuando es incierto si el hecho o la falta del mismo sucederá o no, se habla de c o n d i c i ó n.

La palabra «condicio» (menos correctamente, algunos juristas escriben *conditio*) indica ya que se trata de algo que se añade a una declaración; por eso, en sentido técnico, la «condición» es siempre una declaración adjunta, no un requisito legal; los r e q u i s i t o s legales para la validez de un acto no son «condiciones». En el lenguaje vulgar, sin embargo, se usa «condición» en un sentido muy vago, para referirse a las circunstancias de un acto; por ejemplo, cuando se habla de «comprar en buenas (o malas) condiciones», incluso para referirse al estado íntegro o no de las cosas, como pueden ser los alimentos. Fuera del ámbito de la tradición romano-civilística (por ejemplo, en griego), el término «condición» es desconocido.

Se llaman «accidentales» del acto («*accidentalia negotii*») a las declaraciones complementarias que modifican los efectos ordinarios de aquel acto, sean éstos «necesarios» para el tipo de acto celebrado, o

habituales, aunque alterables por la voluntad privada («*naturalia negotii*»). Además de la «condición» y el «término», son «accidentales» otras declaraciones complementarias, como, por ejemplo, la imposición de una carga que merma algo el lucro producido por un acto lucrativo (§ 65): una «medida» o «*modus*», que se impone al donatario.

Aunque el término es «cierto» (§ 55) en el sentido de que el hecho previsto no puede dejar de suceder (por ejemplo, la muerte de una persona), si se halla en dependencia de una condición, vale como «condición» y no como «término»: es el llamado «término incierto» (*dies incertus*); por ejemplo, la muerte del heredero presupone que haya heredado, lo que no ocurre si ha muerto antes que el testador: aunque su muerte sea «cierta», su «premorienencia» es un hecho «incierto».

El «término» y la «condición» sirven para retrasar el efecto del acto; pero, no sólo pueden tener este carácter de «suspensivos», sino que pueden servir para poner fin a efectos del acto, como «resolutorios» (§ 71).

La «suspensión» de efectos puede ser de todos los efectos del acto o de algunos de ellos; por ejemplo, puede aplazarse el pago de la cosa comprada sin que se retrasen los demás efectos del contrato. Frecuentes son, en este sentido, los actos que dividen temporalmente el cumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas; por ejemplo, no sólo las «ventas a plazos», sino los contratos de suministros periódicos, o los contratos de alquiler del uso de cosas por un cierto tiempo.

XXIV.—73. Las preferencias jurídicas, aunque se refieran a cosas, son siempre personales, pues incluso los derechos llamados «reales» consisten en

poder exigir ciertos «servicios» de abstención (§ 12); sin embargo, los «actos» jurídicos, en atención a su fin, pueden tener efectos «reales» cuando causan una alteración en la posición jurídica de las cosas; así, un acto de transmisión de la propiedad o de constitución de un gravamen sobre ella —usufructo, servidumbre predial, garantía hipotecaria, etc.— tiene efectos «reales».

La preferencia real consiste siempre en poder tener una cosa para usar de ella o para disponer de ella consumiéndola. El uso puede corresponder a varias personas a la vez, —solidariamente (*in solidum*)—, en tanto la consumición es excluyente, tanto si es una consumición material, como si es jurídica, por transferencia a otra persona: sólo una persona puede «consumir», no dos o más a la vez. En las preferencias reales cuyo fin es garantizar el cobro de una deuda, la facultad de transferir se supedita, al incumplimiento de ella. Cuando una cosa produce frutos, la preferencia sobre éstos consiste en poder consumirlos. Deben considerarse «frutos» aquellos productos que una cosa no-consumible está destinada a producir periódicamente (§ 95).

Los frutos, como accesorios de la cosa que los produce, pertenecen al que tiene una preferencia real sobre la cosa que los produce (§ 94); esta preferencia real puede tener por objeto especialmente la apropiación de los frutos, además del uso de la cosa que los produce: es el **u s u f r u c t o**.

El usufructo es una preferencia real sobre propiedad ajena, que se reduce al uso de ella y al aprovechamiento de sus frutos, naturales y civiles, incluyendo en éstos las usuras del dinero prestado

(§ 95). De carácter ordinariamente vitalicio, viene a ser una propiedad de por vida, sin facultad de disponer de la cosa objeto del usufructo; sirve así para mantener la situación patrimonial de ciertas personas mientras vivan, sobre todo, las viudas. En la historia jurídica estuvo vigente mucho tiempo el acto de reservarse el usufructo quien quería disponer de una cosa a su muerte sin la facultad de revocar del testamento, pero conservando hasta la muerte el aprovechamiento de lo donado (*donatio reservato usufructu*).

Las preferencias reales causadas por estos actos de efectos reales implican un deber general de no impedir su ejercicio; por ser general, no hay una previa determinación de la persona que deba tal servicio, y por eso se habla respecto a esas preferencias de «derechos contra todos (*erga omnes*)»; sólo una actual perturbación de la preferencia real determina la persona que puede ser demandada.

Los actos de efectos reales suelen requerir una constancia formal pública, precisamente por afectar a las cosas mismas, y no sólo a las personas que intervienen en ellos.

Son las personas que intervienen en el acto las que son privadas; en tanto la posición de las cosas, también la de las que pertenecen a personas privadas, tiene una relevancia pública, sobre todo en atención a la seguridad de la transmisión patrimonial. Porque no debe olvidarse que sobre el patrimonio personal se pueden ejecutar las sentencias civiles, y, en este sentido, todo patrimonio es en cierta medida público: es de interés público la constancia de qué persona tiene preferencia sobre las cosas.

La pertenencia del suelo, sobre todo, es siempre de interés público, ya que sobre él hay siempre un «dominio eminente» de la comunidad (§ 93).

En algunos momentos históricos, el patrimonio, sobre todo, la pertenencia del suelo ha determinado el orden de una sociedad estructurada por «clases». Una discriminación de este tipo puede

parecer injusta para una mentalidad igualitaria, pero no deja de ser cierto que la estabilidad de un grupo social puede depender de la responsabilidad de los propietarios del suelo, que, en este sentido, tienen un mejor sentido de la solidaridad del grupo, pues su posición es de interés público, aunque se refiera a una preferencia privada.

La expropiación forzosa por utilidad pública es, a la vez, un claro reconocimiento de la particular preferencia real de una persona privada y de la potencial preferencia de la comunidad.

74. Otro aspecto del interés público que tiene el orden de la pertenencia privada de las cosas es la protección posesoria. La «posesión» es el hecho de la *a p a r i e n c i a* de una preferencia real.

La *possessio* empezó por ser la tenencia del suelo público concedido a una persona privada; pero pronto se extendió a otros tipos de tenencia de otras cosas por otras personas. Con el tiempo llegó a ser la apariencia de cualquier preferencia jurídica, incluso de la posición jurídica de las mismas personas; pero resulta más propio reducirla a la de las preferencias reales solamente.

En cierto modo, la apariencia de una preferencia justifica una presunción (§ 26) de plena pertenencia, porque la seguridad jurídica (§ 55) exige que las apariencias sean respetadas en tanto no se pruebe judicialmente su inconveniencia. La alteración injustificada de la actual situación posesoria es considerada como ilícita según el derecho natural.

La protección jurídica de la posesión es algo parecido a la ley de la gravedad en el mundo físico: las cosas deben seguir en posesión de quien las tiene en tanto no se justifique su desplazamiento. El Decálogo habla de «no hurtar», lo que, según este término, se referiría tan sólo a los bienes muebles (§ 94), pero debe entenderse más extensivamente para toda pertenencia real —ese precepto es el apoyo de derecho natural para la defensa de toda propie-

dad— e incluso también para las preferencias personales de carácter patrimonial. En el lenguaje vulgar, siempre propenso a preferir las expresiones exageradas o peyorativas, «hurto» ha sido sustituido por «robo», que es más grave, por implicar violencia; y el latín «*fur*», por «ladrón» (de *latro*, «atracador»).

Como presunción propiamente judicial la preferencia real da lugar a una desigualdad procesal que favorece al poseedor: al intervenir éste como demandado, nada tiene que probar él a favor de la apariencia de su preferencia real, sino que puede limitarse a esperar que el demandante no pueda probar la injusticia de tal apariencia.

En el litigio de propiedad o de otras preferencias reales, la sentencia favorable al demandado no reconoce su justa preferencia real, sino que sólo rechaza la pretendida por el demandante; por ello, no queda defendido frente a la demanda de terceras personas, a las que no atañe el efecto judicial de la «cosa juzgada»: vencer como demandado no asegura la victoria contra otro demandante distinto. Así, el efecto de la sentencia, no sólo afecta exclusivamente a los litigantes, sino que es siempre «relativo».

La exigencia de seguridad que justifica la protección posesoria llega al extremo de confirmar la apariencia con el reconocimiento de su conveniencia cuando, transcurrido un cierto tiempo, no es objeto de reclamación judicial: se habla entonces de «p r e s c r i p c i ó n».

De la «prescripción de acciones», que consiste en que deja de poder reclamarse judicialmente lo que no se ha reclamado durante un largo tiempo, tanto respecto a preferencias reales como otras, debe distinguirse la «c a d u c i d a d de las acciones», que depende del transcurso de un tiempo menos largo que la ley establece para poder reclamar. La «caduci-

dad» es solamente procesal, en tanto la «prescripción» afecta a la misma titularidad presunta, ya que puede causar la confirmación legal de ésta: se habla entonces de «prescripción adquisitiva», o «usucapión», como modo de adquirir una preferencia real (§ 55).

El término «usucapión» («adquisición por el *usus*») procede de un primer momento del derecho romano en el que el «uso» no se distinguía de la «posesión». La «prescripción» era la pieza procesal por la que quedaba defendido el que tenía preferencia sobre un suelo provincial, y luego se generalizó para todas las reclamaciones de preferencias jurídicas reales sobre toda clase de cosas, o también para la extinción de cualquier acción.

75. Consistiendo la posesión en la tenencia real de una cosa, es decir, en la posición de poder controlarla, aunque sea por intermediario, la adquisición de la posesión depende de un acto de toma de posesión de aquella cosa. Ordinariamente, esta toma de posesión tiene como causa un acuerdo de entrega de un poseedor a otro: este acto de transferir una cosa bajo el control y responsabilidad de otra persona se llama «t r a d i c i ó n».

Literalmente, *traditio* es el acto de «dar» algo por traspaso; pero el acto mismo consiste en la toma de posesión del adquirente, que es la persona principalmente activa en ese acto de entrega. Así ocurre también en la acepción de ese mismo término como «traición» a favor del enemigo, o en la «tradición» histórica, por la que una nueva generación recibe y asume lo que le «deja» la anterior.

A su vez, el acto de tradición que causa la adquisición de una preferencia real, tiene su causa en un convenio anterior, sea oneroso como el de comprar al que vende, sea lucrativo, como el de aceptar una donación

(§ 65). Se habla de «dar» cuando el acto de entregar produce el efecto adquisitivo real (§ 77).

Pero también otros actos no-convencionales pueden dar la posesión de una cosa; así el acto de cazar o pescar, el de entrar en los bienes de una herencia, etc.

Cuando la preferencia adquirida es la misma de un poseedor anterior, el acto de transmisión se llama «derivativo»; cuando se adquiere una preferencia nueva, como el caso de la caza, «originario».

Cuando el que toma posesión lo hace con la conciencia de no vulnerar una preferencia ajena, se dice que posee «de buena fe», y, en caso contrario, «de mala fe» (§ 59). Al ser esa creencia algo subjetivo difícil de probar, la buena fe se «presume» cuando se ha probado el acto causante, o las circunstancias propias de una adquisición originaria.

Finalmente, es también una justa causa de posesión patrimonial la *herencia*, sea a título de heredero universal, es decir, sobre todo el patrimonio del que un difunto no ha dispuesto de otro modo, o de liberalidad de cosa determinada a «causa de muerte» (*mortis causa*), «mandada» como «legado» (§ 37) en un testamento o documento similar.

En el caso de herencia, el heredero es «sucesor» del difunto (§ 7), pues viene a subrogarse en su personalidad patrimonial; pero los civilistas hablan también de sucesión «particular» cuando se trata de bienes singulares recibidos *mortis causa* o incluso *inter vivos*: es menos apropiado, pues en estos casos no hay subrogación en las personas, sino en una preferencia jurídica concreta.

En principio, toda transmisión lucrativa (§ 65), es decir, sin contraprestación impuesta al que la recibe, es como un anticipo de disposición hereditaria, aun

en los casos de *donación inter vivos* de efectos no diferidos a la muerte.

La herencia obedece a la previsión económica de carácter familiar, y presupone ordinariamente el *ahorro*, es decir, la conversión de una «ganancia» en «heredad». Los impuestos indirectos, que gravan el consumo, incentivan el ahorro, en tanto los directos que gravan el patrimonio y las ganancias personales producen el efecto contrario.

XXV.—76. Las preferencias «personales» o de «obligación» suponen un deudor determinado desde el primer momento que existen: la persona de un concreto deudor obligado a rendir un determinado servicio al acreedor titular de la preferencia.

La responsabilidad personal (§ 21) de los deudores se concreta en la potencial afección de su patrimonio en la medida necesaria para la satisfacción de su acreedor; se exceptúa de esta afección general la que puede haberse constituido como garantía real sobre determinados bienes o grupos de bienes, mediante prenda o preferencia similar. Sólo en derechos primitivos pudo concebirse la afección del mismo cuerpo de un deudor civil, uno de cuyos residuos es la «prisión por deudas» (§ 120); pero de ese derecho primitivo deriva también la distinción, no insólita en los civilistas, entre la vinculación corporal («Haftung») y la deuda («Schuld»).

Sólo en casos especiales, la determinación del acreedor y del correspondiente deudor no es inicial, sino que se concreta en un momento posterior; son «títulos de crédito» transferibles, que son, ellos mismos, objeto de una preferencia real, pero que valen a favor y en contra, respectivamente, de personas distintas del acreedor y deudor iniciales; como, a pesar de esta relativa indeterminación, tienen por objeto el servicio de una persona concreta, la preferencia sigue siendo personal y no real.

En el derecho de las obligaciones es donde más ámbito encuentra la autonomía de la voluntad (§ 47). Porque, así como las preferencias reales deben ajustarse a unos pocos tipos determinados por la naturaleza de las cosas y el modo de aprovechar su utilidad, las obligaciones privadas que pueden vincular a las personas presentan una mayor variedad. Aunque haya unos arquetipos (§ 80), las figuras mixtas son muy frecuentes, y, dentro de un mismo tipo de obligación, las modalidades introducidas por pactos particulares son ilimitadas.

Aunque esta variedad de figuras jurídicas, dentro del marco de las preferencias reales, es más limitado, una mayor adaptabilidad a la autonomía privada se da en las *servidumbres* que pueden establecerse a favor de una finca sobre otra vecina; en efecto, estos servicios de una finca pueden ser muy distintos, y pueden ser objeto de servidumbre siempre que no sean de utilidad temporal, sino previsiblemente permanente.

Si se ha dicho alguna vez que los tipos de servidumbres son exclusivamente los tipificados por la ley (*numerus clausus*), esto se debe a que la ley se ocupa, no tanto de las convenidas privadamente, como de las «limitaciones de la propiedad», que son pocas y necesariamente legales (las mal llamadas «servidumbres legales»).

77. El servicio objeto de los actos sobre preferencias personales puede consistir en un aumento patrimonial al acreedor —obligaciones de «dar»— o en un hacer o no «hacer» algo cuyo cumplimiento tiene un interés patrimonial de otro tipo.

El cumplimiento de las obligaciones de dar dinero se llama «p a g o»; así se entiende este término en el lenguaje corriente, aunque la doctrina suele llamar «pago» al cumplimiento de una obligación de cualquier tipo, incluso de hacer o no hacer algo; en efecto, el «pago» es el acto por el que se «apacigua» al acreedor: satisfaciendo la pretensión de su preferencia, de cualquier tipo que ésta sea.

Aunque a veces se confunde el «dar» con el «entregar», aquel término sólo se debe utilizar cuando se causa un aumento patrimonial (§ 75); así, en el derecho de tradición romana, sólo el comprador debe «dar» el precio, en tanto el vendedor debe «entregar» lo vendido, es decir un «hacer».

Las obligaciones de dar una pertenencia son divisibles, en el sentido de que cabe cumplirlas por partes; por ejemplo, cuando son varios los acreedores o deudores, o cuando el acreedor acepta un cumplimiento parcial.

Excepcionalmente, las obligaciones de p r e s t a r unos servicios económicamente mensurables por cantidad de tiempo, o trabajo, son divisibles; por ejemplo, la de pagar jornales por las unidades rendidas. Cuando la ley permite al acreedor rechazar un pago parcial, no es por indivisibilidad natural de la obligación, sino por proteger a los acreedores frente a los deudores que se retrasan en pagar lo que deben, en perjuicio de los acreedores. Este retraso se llama «m o r a», pero también el acreedor incurre en mora cuando se niega a aceptar un pago íntegro en el momento debido.

La indivisibilidad no debe confundirse con la «solidaridad» de las obligaciones: ésta se debe a la voluntad concreta de los que las contraen, y no a su naturaleza, aunque el resultado de no poderse cumplir, ni reclamar, por partes sea el mismo.

La obligación de los que salen fiadores de una deuda ajena es, por su naturaleza, subsidiaria y divisible, pues se refiere a indemnización pecuniaria, pero las instituciones de crédito la imponen muchas veces como no-subsidiaria, sino principal, e indivisible, con el fin de asegurarse mejor su cumplimiento.

El «interés» del acreedor no supone necesariamente una ventaja patrimonial, sino que puede consistir en la estimación pecuniaria que puede hacer el juez de un interés del acreedor que no sea inicialmente pecuniario.

Por ejemplo, el interés de una sociedad cuyo fin civilmente admitido es la defensa de la naturaleza, puede justificar una indemnización pecuniaria por la eventual frustración de sus lícitos fines sociales causada por la actuación de otras personas, aunque no sea ésta delictiva. La generalización de «acciones populares» en defensa de intereses públicos resulta inconveniente (§ 22).

78. En un derecho legislado, aunque las preferencias personales o de obligación se apoyen en algún precepto general de la ley, tal precepto legal no hace más que reconocer la autonomía de la voluntad de las personas entre las que se contrae la obligación (§ 74); sólo excepcionalmente impone la ley obligaciones no-convencionales, sobre todo en referencia a las exigencias de la Administración pública, y sólo en estos casos puede decirse que la ley es la «causa» de tales obligaciones involuntarias; en los demás casos, la causa de la obligación debe buscarse en una declaración de voluntad privada.

El convenio de obligarse dos personas es siempre un acto bilateral, pues supone el asentimiento de dos voluntades; pero lo más frecuente es que esas personas se obliguen recíprocamente: se trata, no de una

simple bilateralidad genética, sino funcional (§ 79), y se habla entonces de «c o n t r a t o».

Debe distinguirse, por tanto entre «convenio» y «contrato»: éste es un tipo especial de convenio. Pero, aparte de que algunos convenios no-contractuales (§§ 85-87) pueden también ser causa de una obligación unilateral, hay en derecho muchos actos convencionales que no causan obligaciones, aunque puedan ser a veces actos complementarios de una relación obligacional; por ejemplo, los que introducen elementos «accidentales» (§ 72), y, en general, los pactos que determinan el alcance de una obligación, o la extinguen, como ocurre con el «p a g o» (§ 77).

Las obligaciones se extinguen, no sólo por su cumplimiento, sino también por otras causas, como el pacto de renuncia a la preferencia, la conversión de una obligación en otra distinta (novación), la compensación de deudas homogéneas que sean recíprocas, o por otras causas admitidas en derecho.

XXVI.—79. La bilateralidad funcional del contrato implica la reciprocidad de las obligaciones que aquél produce.

La civilística ha tendido a llamar «contrato» a todo convenio de obligación, aunque sea ésta unilateral; por lo tanto, también el préstamo (§ 85) y la estipulación (§ 87); incluso la donación (§ 75), por ser necesaria su aceptación. Esta ampliación confunde más que aclara el concepto de «contrato» (§ 78).

La reciprocidad puede ser asimétrica, en el sentido de que las obligaciones de uno y otro contratante no sean igualmente principales, sino que la de una de las partes sea como secundaria respecto a la principal de la otra parte.

Por ejemplo, en el contrato de mandato, por el que se encarga a alguien hacer una gestión en interés del que la encarga, la obligación principal es la de cumplir el encargo quien aceptó realizar-

lo, en tanto la de indemnizar los gastos ocasionados por tal gestión a cargo del que lo encargó, es sólo secundaria, y eventual, pues pudo no haber gastos. En cambio, cuando se vende, la obligación de entregar lo vendido, por parte del vendedor, y la de pagar el precio por parte del comprador son obligaciones principales y no eventuales.

La palabra griega *synállagma* se ha venido a utilizar en el sentido de contrato, pero la doctrina distingue entre contratos «sinalagmáticos perfectos» para los de obligaciones simétricas y «sinalagmáticos imperfectos» para los asimétricos.

El uso de términos griegos resulta equívoco en derecho, pues los conceptos griegos son poco adecuables al derecho romano, del que deriva el actual civil; los juristas romanos procuraron no usar términos griegos como éste y otros —*hypotheca*, *parapherna*, *hyperocha*, *anatokismos*, etc.—, que tenían, en el derecho griego, un sentido poco homologable; pero los civilistas parecen tener cierta afición a ellos.

Los contratos sinalagmáticos perfectos son siempre **onerosos**, precisamente porque cada parte se obliga con su patrimonio a causa de la obligación recíproca que acrece su propio patrimonio. Los contratos sinalagmáticos imperfectos, en cambio, son **gratuitos**, porque el interés patrimonial de la obligación secundaria, al ser ésta eventual, no puede convertir a ésta en causa de la obligación principal de la otra parte (§ 65); así sucede en el mandato.

Por ejemplo, aunque el que asume una gestión en interés del que se la encarga cuenta con la posibilidad de que se le indemnicen los gastos, tal obligación no es la causa de que se obligue él a realizar la gestión, sino un presupuesto; en cambio, el que vende se obliga a entregar lo vendido a causa de que el comprador se obliga a pagar el precio.

Se llama **p r e c o n t r a t o** al contrato sinalagmático perfecto por el que las partes se obligan recíprocamente a contraer un determinado vínculo obligacional futuro. Cuando el acto previsto es otro contrato que no requiere forma para su validez, puede considerarse que hay un único contrato, del que el precontrato es su primera fase.

Eventualmente, la separación de los dos contratos puede resultar aconsejable; por ejemplo, para que el precontrato no quede sometido a la jurisdicción propia del contrato previsto; o por razones fiscales, cuando el contrato previsto no llega a contraerse. Por lo demás, si se unifica el precontrato con un acto obligacional que requiere entrega, este acto viene a convertirse en contractual; por ejemplo, un préstamo mutuo con interés (§ 86) previsto por el precontrato.

Distinto del precontrato es la promesa de contraer un futuro acto obligacional, contractual o no, que vale como promesa unilateral (§ 87), y no puede integrarse en el acto previsto.

Las promesas de futuro matrimonio —esponsales— no son jurídicamente vinculantes, pero pueden implicar desventajas patrimoniales para el que las incumple.

Un acto obligacional tiene carácter **a l e a t o r i o** cuando la obligación prevista depende de la suerte (*alea*), como sucede en la lotería y otros juegos de azar, pero también en el «**c o n t r a t o d e s e g u r o**».

80. Todo contrato supone un acuerdo personal de conseguir cierta cooperación de las dos partes contratantes, pero en esa relación, la posición de las personas puede variar.

Cuando dos personas acuerdan hacer un acto común entre ellas, pueden distinguirse tres posibles colocaciones físicas de las personas que en tal acto intervienen: pueden colocarse una al lado de la otra, con el mismo frente; pueden colocarse una frente a otra en actitud de intercambio; pueden colocarse, por último, una detrás de otra, con el fin de que la de delante se presente en lugar de la de detrás. Estas tres posiciones físicas posibles dan una imagen de los tres arquetipos estructurales de posibles contratos que aquí distinguimos.

En primer lugar, el contrato puede unir a dos personas para un fin común, y tenemos entonces el arquetipo del contrato de *s o c i e d a d*; en segundo lugar, el contrato puede implicar un intercambio de servicios contrapuestos por un interés común en la reciprocidad, pero contradictorio en razón del interés particular de cada contratante, arquetipo contractual del contrato de *p e r m u t a* y otros similares; en tercer lugar, hay también un contrato por el que una parte encarga a la otra parte una gestión en interés de aquélla: es el contrato de *m a n d a t o*.

Así, pues, la sociedad, la permuta y el mandato son los tres arquetipos contractuales. Sin embargo, en la realidad, no sólo se dan esas estructuras en forma pura, aunque sea con variantes, sino que con frecuencia se pueden dar formas combinadas, que unen a la estructura típica algún elemento más propio de otro de los tres tipos.

Así, si el gestor cobra una comisión por realizarla, esta retribución es más propia del tipo de intercambio que del mandato; si el que cultiva una finca se reparte las cosechas con el propietario, esa participación es más propia de la sociedad que del tipo de la permuta; si una sociedad se contrae entre el dueño de un negocio y el que va a llevar el negocio, este contrato de sociedad tiene mucho de mandato.

Siendo ordinariamente el mandato un contrato de representación, de la que ya se ha tratado (§ 7), hay que considerar a continuación la sociedad (§ 81) y la permuta (§§ 82 s.).

81. El contrato de sociedad, como primero de los arquetipos contractuales, se caracteriza por su perfecta simetría; aunque las aportaciones y participaciones de los contratantes puedan variar, todos ocupan la misma posición en la estructura del contrato, y por eso todos ellos se llaman socios.

Como pueden ser más de dos los socios, el contrato aparece considerado a veces como plurilateral, a diferencia de los otros contratos, que son bilaterales, por cuanto, aunque intervengan varias personas, éstas ocupan una de las dos posiciones, y no la misma todas ellas. Por lo demás, el posible litigio entre contratantes tiene siempre forma dual, aunque sea uno quien demanda y varios los demandados: éstos ocupan una posición única frente al demandante.

El contrato de sociedad crea obligaciones entre los socios, pero no constituye necesariamente una persona jurídica (§ 8). La economía moderna parece exigir que los contratos de sociedad den lugar al reconocimiento oficial de una personalidad jurídica, hasta el extremo de que se piensa que la sociedad que no tiene reconocida una personalidad distinta de la física de sus socios es «irregular». Pero, en la práctica, es frecuente que se convengan obligaciones recíprocas entre los socios sin constituir personas jurídicas, de modo que las relaciones jurídicas con otras personas afectan exclusivamente al socio gestor que las contrajo, salvo que se hayan contraído declaradamente en representación unánime de todos, en cuyo caso, todos ellos responderán solidariamente.

Los códigos civiles ignoran a veces esta realidad, pero no el Fuero Nuevo de Navarra, ley 49.

La voluntad de contraer una sociedad, siempre que sea con un fin lícito, es algo natural, que el derecho positivo no puede prohibir. Sin embargo, el reconocimiento de una personalidad moral (§ 8) sólo se justifica por el interés público, y no puede decirse que exista un derecho natural de asociación; debe reconocerla expresamente quien cuida del bien común.

De hecho, la personalidad jurídica de la sociedad sirve para limitar la responsabilidad patrimonial de los socios a los límites del patrimonio social existente, lo que puede redundar en fraude a terceros, y, en todo caso, disminuye el necesario sentido de la responsabilidad moral de cada uno de los socios. La práctica de la economía capitalista ha impuesto esta forma de responsabilidad limitada al patrimonio social, pero es ese mismo principio económico el que es discutible y requiere rectificación (§ 96).

Los socios pueden aportar en provecho común sus servicios de trabajo o de otro tipo y determinados bienes, que, al no constituirse una persona jurídica distinta, forman un patrimonio común de todos los socios, sobre el cual cada uno de ellos tiene una parte ideal o cuota: se habla entonces de «c o n d o m i n i o».

Para disponer sobre el patrimonio común caben tres regímenes posibles: el de que cada socio pueda disponer de su parte —que es el régimen romano y más ordinario (*pro indiviso*)—, el de solidaridad, según el cual uno de los socios puede disponer del todo, y el de mancomunidad, que exige la unanimidad de todos.

82. El arquetipo de la *permuta* es el que da una mayor variedad de modalidades contractuales; en su forma más corriente, el cambio objeto de ese contrato es de una cosa, no por otra, como ocurre en la permuta, sino por una cantidad de dinero, es decir, por un precio: es el llamado contrato de *compraventa*; este nombre compuesto refleja la esencial bilateralidad simétrica de este contrato.

Antes de existir la moneda, el cambio de cosas era la manera de comerciar con las mercancías. La propagación de la compraventa supuso una mercantilización de todas las cosas en el sentido de estimar que todas ellas «valen» lo que se puede pagar por ellas. A esta revolución económica sobrevino modernamente la de dominar toda la vida económica por el control del dinero y la manipulación del crédito (§ 95) como medio de aumentar la circulación del dinero, y de crearlo al margen de la producción oficial. El capitalismo (§ 96) depende de esta nueva economía dineraria, y es comprensible que gobiernos anticapitalistas hayan pretendido volver a la permuta para el tráfico internacional de mercancías, contra los intereses de los dominadores de la economía mundial (§ 115).—Por lo demás, la similitud del fin económico de ambos tipos contractuales ha permitido a veces eludir las prohibiciones legales de «vender» acudiendo a la permuta.

Próximo al contrato de compraventa es el de *locación-conducción*, que versa sobre la cesión temporal del uso de una cosa a cambio de un precio o «renta», por lo que se habla de «arrendamiento».

Con este nombre se comprende también el contrato de cambiar una actividad que produce una obra terminada por un precio: el «arrendamiento de obra», que se ha diversificado modernamente por el tipo de obra a que se refiere, como contrato de transporte, de construcción o reparación, de edición, etc. Siendo su

objeto un hacer, la obligación es indivisible (§ 77), pero la otra parte se obliga a «dar» un precio por lo hecho.

El contrato de locación apareció históricamente como una variedad de compraventa, y puede, a veces, integrarse en ésta cuando se combina con ella como contrato complejo (§ 88). La «locación de obra» puede confundirse con un mandato retribuido cuando la obra no requiere una especialización técnica ajena al que la encarga hacer.

XXVII.—83. Una forma aberrante de arrendamiento, sólo recientemente superada, pero no sin dejar ciertos aspectos residuales de su origen esclavístico, es el contrato de trabajo, por el que se remunera con dinero un trabajo mensurable por cantidades y, por ello, de cumplimiento divisible (§ 77).

La utilización del arriendo para contratar trabajo procede de una época de economía esclavística en la que el objeto del contrato era la persona del esclavo destinado a ciertos servicios de trabajo. El moderno contrato de trabajo es ya de jornaleros libres, pero, en cierto modo, su trabajo se considera «mercancía», es decir, «cosa», y por eso se habla todavía, paradójicamente, de «mercado de trabajo».

En el mundo industrializado de hoy, el contrato de trabajo no puede concebirse como estrictamente privado, pues los trabajadores tienen que unirse en asociaciones lícitas para que su contratación no sufra por la superioridad económica de las empresas, de suerte que tal contratación se suele hacer mediante «**convenios colectivos**» por sectores de la producción más o menos territorialmente amplios.

El arma de los colectivos laborales es la abstención laboral («huelga»), y el de las empresas, el cierre de éstas («lock-out»). Para evitar que la tensión entre los colectivos laborales y las

empresas degeneren en desorden de la paz pública, los gobiernos deben intervenir en la contratación en defensa de los trabajadores, cuya capacidad de negociación, pese a la asociación profesional que los representa, siempre es inferior a la capacidad negociadora de los empresarios; sólo con esta intervención preventiva puede aminorarse el riesgo de que se desencadene la reacción violenta de la huelga. Y debe asimismo intervenir para impedir en lo posible la precariedad en el trabajo y la desocupación («paro obrero») a causa de la superproducción, los progresos técnicos de la mecanización y la concentración de grandes empresas. La fórmula liberal de absoluta «economía de mercado» suele acabar en grave perjuicio del bien común, pese a las apariencias de progreso económico: es una de las graves consecuencias del capitalismo (§ 96). Por su parte, la huelga es un recurso excepcional contra los empresarios que no siguen las directrices públicas; pero la de servicios públicos resulta inadmisibile si se atiende al interés común.

84. La relación laboral que causa el contrato sinálgmático perfecto (§ 79) de trabajo es el tipo más claro de s e r v i c i o.

La palabra «trabajo» —como también «labor»— tiene una connotación peyorativa, y, de hecho, el moderno derecho del trabajo presupone a éste como una actividad de esfuerzo ingrato, que debe, por ello, ser bien compensado económicamente; esto ha sido agravado por el hecho de que el moderno derecho laboral ha resultado de una lucha, a veces muy violenta, entre la «clase» laboral y la empresarial, dentro del planteamiento capitalista de que el fin de la empresa es la producción, y ésta depende ante todo del trabajo de los asalariados.

El derecho laboral ha venido a reducir el concepto de trabajo al del asalariado, como si toda otra actividad humana de utilidad, no sólo particular, sino también social, no fuera «trabajo».

Quedan así excluidas actividades socialmente necesarias como las de muchas profesiones llamadas «libres» por contraposición a la de origen esclavístico practicada por las empresas, pero también las de las «amas de casa», los clérigos, y otros muchos servicios no previstos por la legislación laboral.

Frente a esta reducción históricamente coyuntural del «tabajo», el concepto de servicio resulta mucho más amplio y más libre de circunstancias contingentes (§ 17). En este sentido, la relación laboral puede verse como un modelo de un orden jurídico concebido como conjunto de servicios socialmente exigibles (§ 62).

El tipo contractual de arrendamiento que empezó a configurar la relación laboral fue el «arrendamiento de servicios» (*locatio operarum*, distinta de la *locatio conductio operis* [§ 82]). La idea de servicio, una vez superada su vinculación con la «servidumbre» de los esclavos, es la más adecuada para referirse a toda actividad humana en consideración a otras personas que sea socialmente exigible según el criterio de la Ética social. Todo hombre, siendo libre y no «siervo», es, por su mismo fin natural, en razón de la esencial sociabilidad humana, un «servidor» de los demás. Lo que Aristóteles (*Política* 1, 2, 4 ss.) decía de los trabajadores serviles de su época, que no estaban destinados a «producir» sino a «servir», debe decirse hoy de todo hombre, pese a la deformación inhumana del capitalismo.

Así, pues, el nuevo derecho laboral, una vez despojado de su contingencia histórica, ofrece un modelo de relación de servicio exigible para la configuración de todo el orden civil como conjunto de servicios judicialmente exigibles, superando la actual atomización del ordenamiento civil (§ 29).

Un cierto desprestigio judicial que tienen las causas laborales se debe a que por el gran número de casos similares corre el riesgo de caer en una rutina; pero es la idea de servicio judicialmente exigible que preside el derecho laboral de hoy la que conviene para una proyección total de un recto orden civil en el que se prescindiera del concepto de «derecho subjetivo» (§ 10).

XXVIII.—85. Como queda dicho (§ 78), aunque el contrato es la causa más frecuente de las relaciones de obligación, hay otras convenciones no-contractua-

les de las que dependen obligaciones, que no son funcionalmente bilaterales, sino unilaterales: los préstamos (§ 85 ss.) y las estipulaciones (§ 87).

La categoría de los préstamos se funda en el principio de que nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro. En efecto, cuando se da algo a alguien sin convenir una contraprestación, el que recibe lo dado debe devolverlo; si no lo devuelve, es similar a un ladrón (§ 74), que no devuelve lo que ha sustraído: también el ladrón, aparte la pena que puede recaer sobre él, debe devolver lo que sustrajo.

El aumento patrimonial tiene por causa un convenio, pero este convenio carece de una causa ulterior; así la entrega de lo prestado es a causa del convenio de prestar, pero éste, que puede tener sus motivaciones económicas o psicológicas, carece de causa. En este sentido, la retención de lo prestado más allá de lo convenido supone un enriquecimiento «sin causa». Lo mismo ocurre cuando se paga por error lo que no se debía, pues el cobrador que no devuelve lo cobrado es similar a un ladrón. Similar también al ladrón y al que recibe un préstamo es el caso del depositario que no devuelve lo depositado; pero este caso tiene una historia muy particular: se desprendió pronto de la asimilación al hurto y acabó por convertirse en un contrato sinalagmático imperfecto, en razón de la eventual indemnización de gastos ocasionados al depositario (§ 79). El deber de devolver lo sustraído en la administración de fondos públicos suele incumplirse cuando, como ocurre en los casos de corrupción política (§ 23), la ejecución patrimonial excede de la facultad real de los jueces.

Préstamo y hurto son los dos prototipos históricos de la obligación civil.

Un progreso en la historia jurídica ha consistido en la descriminalización de los deudores, pero el aspecto penal del préstamo se mantiene durante siglos en la represión de la «prisión por deudas», no totalmente desaparecida en el caso de insolvencia dolosa («quiebra fraudulenta») o de ciertas deudas con la Administración fiscal.

El préstamo tiene por objeto cantidades fungibles (§ 91), principalmente el dinero; pero cualquier deuda, puede convertirse en préstamo de cantidad. El préstamo de cosas no-fungibles, al no implicar transferencia real, obliga a devolver el mismo objeto prestado. Pero tampoco el préstamo de dinero obliga a más que a devolver la cantidad prestada; en este sentido es un acto de favor, de ayuda desinteresada al que necesita dinero.

El mismo término «*mutuum*» del préstamo romano indica este sentido de solidaridad humana. En la tradición judía, el acto de «prestar dinero» aparece con este sentido de virtud moral.

86. Especialmente importante es el caso de préstamo de dinero con interés. Porque el préstamo de dinero implica, no la facultad de usar, sino de consumir, y, en relación con él, se habla de «dar» en «c r é d i t o». Como el prestamista de dinero deja de poder disponer del que da por cierto tiempo, su interés en lo que deja de tener hace que suela imponer al prestatario una obligación de dar algo más de lo que recibe, y esto es lo que se llama «interés» o «u s u r a».

Esta obligación es adicional y empezó por ser objeto de una estipulación (§ 87) añadida al préstamo, pero vino a integrarse como elemento constitutivo del mismo préstamo de dinero: como precio del favor de poder «usar» el dinero consumiéndolo, que es lo que significa la palabra «*usurae*». Esta práctica de prestar dinero con usura fue uno de los recursos de enriquecimiento —como *foenus* o préstamo productivo— de los que tenían dinero a costa de los que lo necesitaban, y, por eso, a lo largo de los siglos, las legislaciones y la doctrina moral se mostraron contrarias a tal práctica, al menos fuera de ciertos límites. El derecho judío la prohibía entre los de su religión, pero no respecto a los extraños, por lo que los judíos fueron siempre tenidos por «usureros» por los no-judíos.

El capitalismo económico depende fundamentalmente de que el crédito reporta para el prestamista la ganancia de la usura; esto presupone una modalidad abusiva del préstamo, que, por sí mismo, es gratuito y no lucrativo; en efecto, el préstamo de cosas («comodato») que se pueden usar sin consumir (§ 85) es esencialmente gratuito, y, si interviene una contra-prestación dineraria, deja de ser préstamo para convertirse en arrendamiento del uso de una cosa (§ 82).

También es gratuito el acto de ceder el uso de una cosa por el tiempo que tolere el cedente, que se llama *precario*. La concesión de fincas en precario ha sido una forma de evitar la aplicación de las leyes de arrendamiento favorables a los arrendatarios. La expresión del lenguaje corriente de «tener en precario» alude a la interinidad de la tenencia de la cosa que actualmente se usa.

Hoy, la práctica de las *usuræ* parece haber sido tolerada incluso por los mismos moralistas como algo imprescindible para el desarrollo económico, pero esto depende del actual planteamiento de la Economía impuesto por el capitalismo.

La importancia del crédito en la economía actual es tan decisiva que, en cierto modo, las instituciones de créditos han venido a asumir la función de crear dinero. No se trata ya de la acuñación de monedas o emisión de billetes propias de una competencia pública, sino de la puesta en circulación de cantidades nominales al impulso del requerimiento privado, sobre todo, empresarial. El dinero no es tanto una cosa como un valor meramente nominal; este carácter nominal domina hoy todo el régimen del derecho bancario (§ 95). El poder de los bancos en el tráfico dinerario no puede menos de constituir un elemento

decisivo de la vida pública en la sociedad actual, como el más fuerte baluarte de la economía capitalista, hasta el punto de poder decir que la potestad real reside, más que en los gobiernos, en los consorcios financieros que dominan la economía mundial (§ 115).

87. Otro tipo de obligación convencional pero unilateral es la de la *estipulación*.

Las estipulaciones son actos por los que una persona, mediante promesa, se hace deudora de otra que «estipula» algo sin quedar ella obligada a una contraprestación. Tal acto tiene siempre una causa, pero ésta queda elidida, por lo que la estipulación es un acto abstracto (§ 65), que requiere siempre una forma para producir el efecto obligacional.

La *stipulatio* era el más importante acto jurídico del derecho romano. No es un acto de contenido típico —mucho menos un «contrato» (§ 79)—, sino una forma de obligarse unilateralmente. Pero el término ha tendido a perder su sentido originario para hacerse sinónimo de pacto o de convenio contractual. Del todo aberrante es el uso reciente, introducido por imitación del idioma inglés, de confundir la estipulación con un precepto legal, y decir que «la ley estipula tal cosa o tal otra».

Este tipo de promesa unilateral sirve para formalizar una deuda y para reforzarla en función de garantía. En esta función de garantía aparece como *fianza*, por la que se asume la responsabilidad de una deuda ajena, o como alternativa penal por el eventual incumplimiento de una deuda propia.

La «*estipulación penal*» viene a fijar una indemnización (por incumplimiento parcial o total) consistente en una cantidad de dinero fija, pero, al cumplir una función de indemnización, se tiende a someterla al régimen general de responsabili-

dad por incumplimiento, con lo que pierde su carácter abstracto, y, con ello, la ventaja, que tal garantía ofrece al acreedor.

Otra modalidad de promesa unilateral es la de la «pública promesa», por la que el promitente se obliga a pagar una cantidad si se cumple una determinada condición, por ejemplo, el hallazgo de una cosa por él perdida. Por la forma de publicación en los medios ordinarios de publicidad, el promitente queda obligado a cumplir, pero puede revocar su promesa antes de poder conocer la aceptación por parte de otra persona. Desde el momento en que se conoce la aceptación, la promesa vale ya como convencionalmente estipulada.

También en el caso de promesa de hacer un contrato futuro, que no obliga por sí misma, la formalización de tal convenio puede tener el efecto de una promesa estipulatoria o incluso, si hay reciprocidad en las obligaciones, de un contrato ya vinculante (§ 79).

En los contratos que se hacen por simple consentimiento, sin formas, la obligación de una de las partes puede depender de una ulterior aceptación de la oferta; así, por ejemplo, en la compra «a prueba»; en cierto modo, también se da en estos casos una promesa condicionada a la aceptación.

También en el contrato hay promesas recíprocas, pero éstas, al no ser formales, sino simplemente consensuales, no se añaden al contrato, sino que lo constituyen, de manera que cada promesa es causa de la recíproca. En su origen, el contrato viene a resultar de la conjunción de dos promesas estipulatorias recíprocas, que, al perder su forma, dejan de ser abstractas. También en los préstamos puede intervenir una promesa para reforzar la obligación de devolver lo pres-

tado; pero, si se promete también el acto de prestar, entonces el préstamo viene a quedar contractualizado como constituido por dos promesas recíprocas desformalizadas.

Las promesas recíprocas contractualizan el acto obligacional. Suelen llamarse «contratos reales» a aquellos actos que obligan unilateralmente tan sólo si se recibe algo, como en los préstamos (§ 85); pero la promesa de prestar viene a contractualizar el acto; así también, en el arrendamiento de cosa (§ 82), la obligación de devolverla depende de su recepción, pero, al haber obligación de entregarla, hay ya «contrato». La categoría de «contrato real» es un residuo conservado por los civilistas, para los que el préstamo es «contrato» (§ 79).

XXIX.—88. Aunque deban distinguirse aquellos tres arquetipos principales de causas de obligación voluntaria —contrato, préstamo y estipulación—, y las tres modalidades de contratos —de sociedad, de permuta y de representación— (§ 80), la realidad cotidiana ofrece figuras mixtas de obligación.

De todos los contratos, el de compraventa es el más expansivo, y tiende a absorber modalidades mixtas, sobre todo de casos que presentan elementos propios de la locación (§ 82).

Así, por ejemplo, el contrato que se hace con un sastre se considera siempre como compraventa, aunque, si el cliente lleva la tela, podría entenderse como locación de obra; y el cliente de un restaurante también «compra», aunque haga uso de cosas del establecimiento y de servicios de sus dependientes, dos aspectos de arrendamiento.

Asimismo, pueden combinarse en un contrato elementos que, aislados, serían causas distintas de obligación, pero que el contrato principal asimila como propios del contrato.

Así, la provisión de fondos que se hace a un representante no constituye un préstamo hecho al mandatario, sino parte del mismo contrato de mandato; el encargo de representación hecho a un socio no constituye un mandato, sino un pacto del mismo contrato de sociedad; y el préstamo de uso de muebles hecho a un inquilino queda igualmente integrado en el contrato de arrendamiento; en fin, la promesa de pagar intereses por un capital prestado, no es una estipulación independiente, sino que se integra en el mismo acto de préstamo crediticio.

No obstante la expansividad de algunas figuras de obligación para asimilar elementos más propios de otras, pueden darse casos, sobre todo contratos, mixtos, que requieren un régimen adecuado a su especialidad.

Así, por ejemplo, un contrato de cesión de uso gratuito con la condición resolutoria de conservar un fin social determinado puede combinarse con un contrato de arrendamiento de obra para la adecuación del objeto cedido al fin convenido: hay entonces un contrato mixto, en el que el precio de la obra no debe entenderse como de una venta del objeto cedido, ni el uso de éste como complemento del precio de la obra realizada. El jurista debe, en estos casos, arbitrar una solución adecuada a la complejidad del contrato.

En fin, a veces la combinación de distintos tipos contractuales obedece al propósito de eludir las leyes.

El contrato inglés de «*leasing*», bajo apariencia de arrendamiento, es una venta de cosas de caducidad previsible; surgió para eludir prohibiciones legales de vender, y sirve ahora para desgravar fiscalmente el precio bajo apariencia de renta. Ciertamente romano puede verse en la locación de esclavos gladiadores, que valía como venta cuando éstos morían en el espectáculo.

89. En otros casos, no se trata de interferencias entre elementos de distintas causas de obligación, sino de actos que pueden ser considerados como pertenecientes alternativamente a distintos tipos de obli-

gación. Esta alternativa depende, en principio, de los datos de hecho, pero puede ofrecerse también a la argumentación de la defensa de intereses personales. En este sentido, la calificación del tipo de obligación depende del ingenio de los defensores de las partes interesadas.

Pensemos, por ejemplo, en el caso no infrecuente del *corretaje matrimonial*. Una persona se ofrece a buscar novia o novio a otra, y ésta se compromete a pagar a la primera una cantidad si se consigue el fin propuesto; es decir, según se convenga, si se encuentra quien acepte el matrimonio o si llega éste a celebrarse. Este convenio puede configurarse como un *contrato* en el que ambas partes se obligan recíprocamente: una a «hacer» y otra a «dar». Pero, en la práctica de este negocio, no parece que se pueda reclamar nada por la desidia del que prometió buscar un cónyuge para alguien, de modo que la configuración como contrato viene a fallar por falta de reciprocidad. Mejor puede verse en ese caso una promesa condicionada al resultado de conseguir lo prometido, y entonces se puede hablar de *estipulación*. A no ser que se considere éticamente inadmisibles la actividad de buscar cónyuge para otra persona, y entonces no nace obligación alguna de este convenio. Pero, si el que prometió dar una cantidad se adelantó a darla realmente, ese adelanto equivale a un acto de *prestamo* —una dación destinada a un fin convenido—, y el que la recibió debe devolverla, tanto si ese fin no se consigue, como si se considera inmoral para el que recibe la cantidad, a no ser que el acto se considere inmoral también para el que da el dinero, en cuyo caso nada se puede reclamar, pues, si hay inmoralidad por ambas partes, es mejor la posición del que recibe, como cuando se da algo para matar a un tercero, no para impedir la muerte de éste.

La alternativa puede depender también de un evento previsible, como cuando, en un arrendamiento, se consideran vendidos los objetos que no se pueden devolver al término del contrato.

Asimismo, la historia jurídica ha conocido el arrendamiento de «rebaño inmortal», por el que el arrendatario debía devolver el

mismo número de cabezas de ganado recibidas. Del nombre francés —«cheptel de fer», «capital de hierro»— parece proceder la palabra «capitalismo»; en efecto, ese contrato solía encubrir un préstamo usurario por figurar en él un número de «cabezas» (*capitale*) superior al real (§ 86).

XXX.—90. Una vez que se ha visto lo relativo a los actos personales que son la materia del derecho propiamente dicho, hay que tratar ahora de las clases de cosas que son objeto de las relaciones jurídicas, tanto de las reales como de las de obligación.

Como ya se ha dicho (§ 3), las cosas interesan al derecho por cuanto son «bienes» de los que los hombres pueden obtener un provecho personal. Esta ventaja consiste en un simple uso de las cosas que se pueden usar reiteradamente sin consumirse, o en poder consumirlas en propio provecho. Así, hay que distinguir entre cosas consumibles, estas últimas, o aquellas no-consumibles; es evidente que la preferencia respecto a ellas es también muy distinta. Pero por «consumición» debemos entender no sólo la física, como ocurre con cosas que sólo sirven para una vez —por ejemplo, los alimentos—, sino también la consumición jurídica, respecto a las cuales el gasto que implica el primer uso de ellas no impide que subsistan físicamente, como ocurre, sobre todo, con el dinero.

Sobre las cosas no-consumibles es posible la transferencia de una persona a otra, pero respecto a las consumibles, lo que se transfiere es la facultad de consumirlas; esta transferencia es ya ella misma un acto de consumición jurídica. Por eso, la preferencia real sobre las cosas consumibles deja de ser real cuando se

pierde su tenencia, y se convierte en personal cuando el que las tiene está obligado a devolverlas.

La idea de «propiedad», en rigor, sólo se entiende respecto a las cosas no-consumibles, pues la reclamación del propietario que las pierde de hecho tiene que ser siempre de deuda de un valor, no la de la cosa misma. La acción llamada «reivindicatoria» sólo se puede dar sobre cosas no-consumibles, únicas cuya posesión puede ser devuelta.

91. Las cosas consumibles valen en derecho por su cantidad, y las no-consumibles, por su identidad individual: son «genéricas» aquellas que interesan jurídicamente por su número, peso o medida, y son «específicas» las que valen por su individualidad.

Se habla también de fungibilidad o no. Esta palabra significa que ciertas cosas son sustituibles por otras iguales, del mismo género, en tanto las no-fungibles son inconfundibles por su individualidad.

La antítesis «género»-«especie» ofrece variantes, y a veces resulta contradictoria. En derecho, el «género» es el término más amplio, el de la clase de cosas homogéneas, y «especie», el de cada cosa individualmente considerada. Los naturalistas, en cambio, hablan de «especies» en sentido genérico, y en el lenguaje corriente se confunden esos términos. Pero *species*, en latín, equivale a «forma», y ésta, como propia de un ente individual: el «género» es una abstracción que carece de forma concreta. Así, aunque ambas distinciones dependen de puntos de vista diferentes, no hay inconveniente en identificar las cosas genéricas con las consumibles, y las específicas con las no-consumibles, como hace el injustamente criticado artículo 337 del Código civil español. La fabricación de cosas en serie puede hacer pensar que éstas son fungibles aunque sean susceptibles de un uso reiterado; pero no se tiene en cuenta que la fungibilidad que tiene el género antes de proceder a la transferencia de una cosa de ese género, se pierde desde el momento en que se empieza a usar de ella: el uso, que es reiterable, convierte a aquella cosa en específica, en tanto antes ésta sólo

servía para ser transferida, es decir, para consumirla, al menos por consumición jurídica.

Los ejemplos más evidentes de cosas específicas y genéricas son, respectivamente, el suelo y el dinero. A ellos se refieren por separado los párrafos siguientes.

XXXI.—92. De todas las cosas que pueden ser objeto de preferencias jurídicas, la primera históricamente, y siempre la más importante es el **s u e l o**.

El concepto de «espacio» como ámbito de los sentidos, como lugar total y único de todos los bienes, comprende, no sólo la tierra, sino el agua de los mares y cauces menores, y el mismo aire; pero el agua y el aire son en sí mismos algo indefinido, que sólo puede cuantificarse por un recipiente que los contenga; de otro modo, no cabe en ellos la apropiación personal. El régimen de los mares y de los fondos submarinos, así como el de los espacios aéreos excede del derecho civil, aunque son objeto importante del derecho internacional público (§ 122).

Para el derecho civil, el aire y el agua —toda agua— es una «*res communis*», es decir, algo que no es susceptible de una preferencia real como es la propiedad privada.

Se debe a una confusión entre las cosas «comunes» y las «públicas» el que el derecho moderno haya llegado a afirmar que todas las aguas son «propiedad del Estado». En derecho civil, el consumo del agua puede ser objeto de preferencias personales, pero éstas tienen siempre como soporte necesario el terreno por el que las aguas discurren; la preferencia real del propietario de una finca puede excluir el acceso al agua de ella, y los propietarios pueden convenir servidumbres de agua entre las fincas de su propiedad: se trata siempre de una preferencia relativa al suelo, no al agua como tal.

Sólo en el suelo puede encontrarse el fundamento originario de las preferencias reales (§ 93). En este sentido, todo el régimen público de apropiación de

un territorio, procede de un desarrollo de una primaria apropiación de partes del suelo; pero ésta, a su vez, no deja de tener por ello mismo una trascendencia pública que justifica la exigencia de forma para los actos de disposición del suelo (§ 73).

93. La tierra, por su misma naturaleza, exige un reparto que permite una apropiación parcial de ella, pero sobre ella subsiste siempre un dominio eminente colectivo.

En un principio, la Tierra fue dada a todos los hombres; grupos humanos fueron ocupando partes de ella, y luego parte de lo colectivamente ocupado se repartió como lugar de asentamiento familiar o colectivo y de aprovechamiento económico; pero esta asignación sigue siendo en bien de los grupos superiores, y, en último término, al servicio de todo el género humano presente y futuro. El abuso de estas preferencias en perjuicio de esos grupos deja de ser lícito, y también si es en perjuicio de las generaciones futuras (§ 18).

Expresión de ese dominio eminente de la colectividad sobre todo suelo asignado es la carga de una contribución territorial. Así, también la posibilidad de expropiación forzosa (§ 73), ya que la preferencia del aprovechamiento personal debe ceder ante el interés del bien común, y las limitaciones legales para el ejercicio de la preferencia real del suelo.

Por lo demás, la subsistencia de parte del suelo como propio de la colectividad no es algo excepcional, sino constancia del fin primario de la Tierra, y, en este sentido, natural y no forzado.

La pertenencia privada del suelo puede ser de plena disposición, y hablamos entonces de propiedad,

o puede limitarse a un aprovechamiento de uso y no de disposición, como son las preferencias que se establecen entre las fincas con el nombre de *servidumbres*, limitaciones convenidas por los que pueden disponer del suelo, y no impuestas por la ley (§ 76).

94. Las demás cosas que no son el suelo resultan accesorias de esa preferencia del «fondo», *fundus*, en latín, que es, por antonomasia, el suelo, y hoy hablamos de las parcelas del suelo como «bienes raíces».

Lo que la tierra produce es una extensión de la pertenencia del suelo. Aquellos productos a cuya reiterada producción está destinada una cosa se llaman *frutos naturales*; sólo las cosas no-consumibles pueden producirlos (§ 95).

Que los frutos son del suelo en que se producen (*ius soli*) es un principio romano claramente jurídico, ya que, desde otro punto de vista más moral que jurídico, se puede pensar que esos frutos son de quien los sembró (*ius seminis*) o de quien tuvo el trabajo de cultivarlos.

Asimismo, lo que se une al suelo, sea por siembra, plantación o construcción, etc., pertenece también al suelo.

Es el principio romano de que lo que se hace sobre el suelo (*superficies*) es parte de éste: «*superficies solo cedit*»; donde hay que advertir que *superficies* no es la capa exterior del suelo, sino lo que se «hace» —construye, planta o siembra— sobre él, contra el sentido vulgar que «superficie» hoy tiene.

Es más, el utillaje necesario para el cultivo de la tierra es un accesorio del suelo (*instrumentum fundi*), y el mobiliario de una vivienda lo es de ésta: son los «muebles» por antonomasia.

Los animales útiles y los domésticos son cosas muebles (§ 18), que, al moverse por sí mismas, se llaman semovientes (§ 11); naturalmente, los automóviles y aparatos similares no son semovientes.

El desarrollo económico es el que ha venido a sobrevalorar como bienes independientes lo que no está destinado a servir como accesorio del suelo. Se distingue así entre cosas inmuebles y muebles, y, en consecuencia, la pertenencia personal de estos últimos separadamente de la del suelo, y muy frecuentemente la de personas que carecen de suelo propio.

Los «muebles», aunque no sean consumibles, carecen de la estabilidad patrimonial de los inmuebles, y por eso se acomodan a un régimen menos formal que éstos, pues su relevancia pública es mínima. En la medida en que esta relevancia pública resulta más apreciable, tienden a aproximarse al régimen jurídico de los inmuebles.

En todo caso, del reparto jurídico del suelo deriva todo el orden de preferencias reales superpuestas: no sólo el régimen público de territorios nacionales o de otras comunidades humanas, sino también el derecho de propiedad individual sobre toda clase de bienes.

Carl Schmitt (1888-1985) habla, en este sentido, del «*nomos* de la Tierra» como fundamento de todo el orden jurídico público y privado. En efecto, las diferencias que se pueden ver entre distintos regímenes jurídicos históricamente constatables parecen derivar de una distinta concepción del acto de apropiación del territorio («*Landnahme*»), y de la contradicción esencial entre pueblos territoriales y pueblos marítimos («*Land und Meer*»).

XXXII.—95. De todos los bienes muebles y consumibles, el que tiene hoy mayor importancia, también para el derecho, es el dinero; interviene en casi todos los actos jurídicos —en último término,

como posible indemnización judicial—, y ha venido a tener mayor importancia que la propiedad.

Si tenemos en cuenta que las viviendas son muchas veces en alquiler y no en propiedad, y que sobre los muebles la propiedad es menos estable, sobre todo sobre los destinados al consumo, la propiedad resulta una preferencia jurídica mucho menos frecuente que la que todo el mundo tiene, en mayor o menor medida, sobre el dinero: los más pobres nunca dejan de tener algo de él. En este sentido, el tópico benéfico de generalizar la «propiedad» no deja de ser algo irreal, pues sólo tiene cierto sentido en el ámbito rural; depende ese tópico de la identificación que el liberalismo hizo entre propiedad y libertad.

Sobre el dinero no hay propiedad, sino sólo *crédito* (§ 85), incluso cuando se integra en un contrato (§ 8). En realidad, el dinero es sólo una medida de valor. De ahí también que el crédito venga a «crear» dinero (§ 85): «tener crédito» equivale a riqueza. La acuñación de moneda fue tradicionalmente una regalía exclusiva de los soberanos, pero hoy compete a las entidades de crédito internacional la creación del dinero, lo que supone la anulación de aquella soberanía.

El dinero aparece como piezas de metal con una aleación y peso determinados, que sirven para ajustar el cambio de bienes, suplantando el tipo contractual de la permuta por el de la compraventa (§ 82). El dinero en metálico vino a sustituir el uso de valorar las cosas por su equivalente en cabezas de ganado (*pecus*), de donde que se llame «*pecunia*». Con el tiempo, el dinero se convierte en un símbolo de valor convencional (no el real del mismo símbolo), y acaba por ser un simple número contable; los mismos documentos de crédito se reducen hoy a un número contable del que se puede disponer, y que, eventualmente, puede ser canjeado por dinero simbólico. En fin, la misma complejidad del tráfico comercial referido a muchas monedas nacionales distintas impone la reducción de ellas a su variable valor nominal.

El valor de la disponibilidad de las cosas consiste en su precio, el de su uso en una renta: tanto el precio como la renta son «pecuniarios», pero el dinero mismo no tiene más precio que su propio valor, y la cesión de su consumo da lugar a un crédito por la cantidad prestada, pero sólo abusivamente a una «renta» consistente en la «usura» (§ 86). Porque las rentas que una cosa no-consumible puede producir se llaman frutos civiles, pero el dinero es una cosa consumible que, por serlo, no puede producir frutos (§ 73). Ha sido una invención de la economía capitalista el considerar frutos civiles las usuras del dinero prestado.

El calvinista Demoulin (1506-1566) fue quien parece haber introducido la idea de que el dinero, al no ser físicamente consumible, podía producir frutos civiles, pero hoy se ha venido a considerar que no es el dinero mismo, sino el crédito el que produce frutos, sin reparar en que sólo las cosas corporales pueden producir algo, no las incorporeales (§ 97), como es una preferencia de crédito. Aunque se considere las usuras como «rentas de la inversión» y se le extienda el régimen de los frutos civiles, esto no deja de ser un expediente práctico que no puede hacer olvidar el principio de que las cosas consumibles, como las incorporeales, no pueden producir nada, tampoco frutos.

96. La inversión de dinero «rentable» en una empresa ha sido la clave de la moderna economía capitalista.

Como ya se ha dicho (§ 81), el contrato de sociedad conlleva con frecuencia la constitución de un patrimonio común de todos los socios. En principio, un patrimonio común puede tener objeto preferencias reales y créditos, pero no dinero: la inversión de dinero debería considerarse como «préstamo» crediticio (§ 85) y no como aportación de cosas de cesión ren-

table; sin embargo, la empresa capitalista se funda en la inversión rentable de los «socios» capitalistas, que no aportan trabajo, sino sólo dinero: en realidad, no son propiamente «socios», sino «prestamistas», y, como tales, no deberían participar en el gobierno de la empresa; sin embargo, la práctica de la economía capitalista es la contraria: son los inversionistas los que deciden, y son sólo jornaleros, los que trabajan; es claro, sin embargo, que cuando el inversionista actúa también como gestor de la empresa, aporta también trabajo, y en este concepto debería participar, e incluso preferentemente, en el gobierno de la empresa.

A esta configuración capitalista de la empresa corresponde la idea de que ésta es un instrumento de producción de bienes, con el trabajo productivo de los jornaleros, en provecho de la rentabilidad del dinero invertido.

El principio de máxima «competitividad» que domina la economía empresarial de hoy se cifra en la consecución de máxima rentabilidad por incremento de la producción, no en la mejor oferta de trabajo. En la base de esta idea está el error de que el fin del hombre y de la empresa es la producción de bienes —para lo que debe estimularse el consumo—, y no el bien de los trabajadores (§ 84). De hecho, esta concepción de la empresa conduce a la superproducción, y, mediante la mecanización del trabajo, a la desocupación laboral; sólo con un consumismo sin límites se espera superar este resultado negativo. Por otro lado, paradójicamente, este capitalismo competitivo acaba por concentrar las empresas en grandes monopolios.

El hallazgo de nuevas soluciones económicas, que superen, tanto el capitalismo como el socialismo radicales, es un reto para los economistas, pero incumbe al jurista detectar los respectivos errores jurídicos de

aquéllos: la rentabilidad del dinero y la abolición de la propiedad privada.

XXXIII.—97. Los bienes consumibles o no, muebles o inmuebles, incluso aquellos que no se hallen en posesión de particulares sino que se reservan en dominio público de colectividades más o menos amplias, superiores e intermedias, son cosas materialmente perceptibles que, como se ha dicho (§ 93), derivan de una radical apropiación del suelo, sea ésta la originaria apropiación colectiva, sea la ulterior individual. Pero en todo patrimonio existen otros bienes no-fungibles, que tienen, sin embargo, un valor económico, y sirven para responder de las obligaciones personales (§ 3): son bienes-*valores*. Estos bienes no-tangibles se llaman cosas *incorporales*. Dentro de esta categoría entran tanto las preferencias reales relativas, que no se pueden identificar con la cosa a la que se refieren, como las de obligación. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que algunas preferencias jurídicas son personalísimas y por ello no son liquidables, y también que el valor de los créditos depende de la solvencia de los deudores.

Dentro de estos bienes incorporales entran algunas preferencias que no tienen por objeto cosas tangibles, sino cosas que no lo son, como los derechos de autor, patentes de invención, control del fluido eléctrico, o del agua, etc.

Se sigue hablando respecto a esos derechos sobre cosas intangibles o, al menos físicamente inapropiables, de «derecho de propiedad»; pero tienen por objeto cosas consumibles, sobre los que no es posible una clara preferencia real, como es la propiedad, sino una exigencia de respecto ajeno de carácter obligacional. Por ejemplo, un consumo ilícito de electricidad, de agua, de repro-

ducción artística, no constituyen propiamente un delito de «hurto» (§ 74), como suele decirse, porque este delito supone una sustracción de la tenencia corporal de algo, que, en esos casos, resulta inconcebible, sino tan sólo un consumo ilícito.

98. En cierto modo similares a estas cosas incorporales, sobre las que se sigue hablando menos adecuadamente de «propiedad» son las preferencias sobre espacios no-terrestres que suelen disputarse los Estados.

El presupuesto que presupone la pertenencia a un Estado dificulta un correcto planteamiento de la apropiación lícita de cosas que no parecen susceptibles de una apropiación privada, como son el mar y el fondo submarino y, menos aún, el espacio aéreo.

Al tratarse de cosas difícilmente limitables, la extensión por analogía de la propiedad territorial respecto a su distribución resulta siempre forzada; de hecho, toda distribución depende entonces de la capacidad de control bélico de tales espacios, lo que vincula su ordenamiento jurídico a razones contingentes de estrategia estatal. En realidad, lo que justifica la atribución de preferencias de esta clase es la capacidad técnica de un aprovechamiento estable en provecho de necesidades razonables de los grupos humanos que las requieren, es decir, de las empresas destinadas a la explotación económica de tales espacios, no de los Estados a los que las empresas puedan pertenecer.

Tradicionalmente, las preferencias sobre las tierras que se «descubren» dependían del hecho de su ocupación efectiva, conforme a la doctrina romana de apropiación de las islas «nacidas» en el mar, y lo

mismo podría valer respecto al fondo submarino. Cuando se trata de algo esencialmente común y no limitable como es el agua de los mares exteriores, su atribución parcial a los territorios costeros implica una falsa expansión territorial, que excluye a los pueblos sin costas de algo que es esencialmente común a todos los hombres. También las preferencias pesqueras deberían desvincularse de las costas y atribuirse a empresas (no a Estados) responsables, según un régimen de limitaciones universalmente convenidas.

Este tema de la distribución racional del espacio —tanto del terrestre como del marino o aéreo— es del Derecho Internacional Público, pero, en consideración a la naturaleza de las cosas, siguen siempre necesarios los criterios propiamente jurídicos que puede ofrecer el privatista.

CAPÍTULO TERCERO

LA ORGANIZACIÓN SOCIAL

XXXIV.—99. La Ciencia de la Organización Social tiene por objeto los hechos relativos a la formación de los grupos humanos, su funcionamiento y su gobierno. Como ciencia que estudia hechos y no textos, pertenece al grupo de la Geonomía y no al de las Humanidades (§ 2).

Así como el término «civil» puede designar, de una manera general, el derecho propiamente dicho al que se ha referido el segundo capítulo, el término similar de origen griego «político» puede referirse, no sólo a la especialidad del llamado «Derecho Político» (§ 30), sino a toda la Ciencia de la Organización, comprendiendo también los aspectos propiamente jurídicos que se combinan con ella. Si lo «civil» alude al orden de los criterios decisorios de los jueces, lo «político» atañe al gobierno de los grupos humanos. Así, una es

la prudencia jurídica del juez y otra la prudencia política del gobernante; aunque la prudencia sea siempre la misma virtud intelectual, aquella civil está en función de la autoridad del derecho y esta otra política en función de la potestad del régimen de gobierno social (§ 54).

Desde el punto de vista del derecho, la Prudencia política se manifiesta, en primer lugar, en la recta legislación, entendida ésta, no sólo como la propia de los órganos legislativos, cuando éstos existen como independientes, sino como toda la actividad reglamentaria del gobernante (§ 38).

Las decisiones de gobierno pueden considerarse legislativas en cuanto establecen criterios de carácter general, y no casuístico como es el de los actos administrativos. La experiencia ha venido a demostrar que no se puede distinguir claramente entre las leyes y los decretos (o documentos similares) emanados del gobierno (§ 23), que también tienen carácter general.

El hecho de que, en la Edad Moderna, se haya generalizado la forma del régimen político «estatal» ha determinado una distinción entre el estudio de la forma fundamental o constitucional («Derecho Constitucional»), el de la de gobierno ejecutivo («Derecho Político») y el del funcionamiento administrativo («Derecho Administrativo»), que se halla, este último, más vinculado al derecho propiamente dicho, precisamente por ser los actos administrativos judicialmente controlables.

La constitucionalidad de los actos políticos legislativos es jurídicamente controlable por los jueces —sean como Tribunal Constitucional (§ 56), sean los ordinarios, cuando así se admite, para casos concretos—, pero las decisiones propiamente políticas son difícilmente judiciales (§ 23).

A este grupo de ciencias políticas cabe agregar, en la presente exposición, el Derecho Procesal, como parte del derecho público que sirve a la Justicia administrada por el Estado; también, en especial, el Derecho Penal, no sólo por la relevancia pública de su procedimiento, sino porque se refiere primeramente al mantenimiento del orden público. En este sentido, también la organización de las fuerzas armadas, destinada a la seguridad de ese orden frente a las agresiones externas o internas, puede entrar en el estudio de la organización social. Tal será el amplio marco de este tercer capítulo.

100. La «Política» aparece hoy vinculada a la existencia del «Estado», pero ésta realidad actual es accidental, como forma moderna que es el «Estado» de la organización de los grupos «nacionales».

El término «nación», al referirse al origen natural de un grupo humano consciente de su identidad histórica, no tiene un sentido organizativo determinado, y de ahí que surjan sentimientos «nacionalistas» dentro de los Estados, aunque generalmente tengan la pretensión secesionista de constituirse ellos mismos como «Estados» independientes. Tampoco la palabra «Patria» se refiere a una forma «política», sino a un sentimiento de solidaridad en cierto modo familiar; de ahí que se identifique, a veces, con el «Estado», otras, con las nacionalidades regionales, y otras, con ámbitos mucho más reducidos y nada «políticos» como el del lugar de origen, por lo que se habla de «patria chica».

La relación de la «Política» con el «Estado» proviene de que la *polis* griega fue la forma histórica que presenta un modelo en cierto modo precedente del «Estado» moderno. Pero el «Estado» aparece en el siglo XVI como forma coactiva de superar las guerras de religión, y por su misma modernidad no puede menos de ser una forma accidental desde una pers-

pectiva histórica universal; las organizaciones de poder anteriores al siglo XVI no son «Estados».

«Estado» viene de *status*, pero esta palabra latina significa «seguridad», «estabilidad»; también tiene este sentido cuando se habla de «*status rei publicae*», la «seguridad de la república», aunque hoy se traduzca indebidamente *res publica* por «Estado», y no como forma de gobierno no-monárquica (§ 113). Se piensa, a veces, que «*lo stato*» de Maquiavelo tiene precisamente el sentido de «Estado», pero aquel término puede entenderse todavía en el sentido latino de «seguridad (del Príncipe)». La tradición española, al no haber sufrido las guerras de religión, rechazó el concepto de «Estado» —asociado incluso al uso despectivo de «los políticos»—; el «Estado» fue importación francesa, debida a los Borbones, pero siguió siendo extraño para la mentalidad popular de los españoles. De manera parecida, otros pueblos marginalmente europeos, como la Gran Bretaña y la Gran Rusia, no se ajustaron exactamente al modelo europeo de «Estado»: son precisamente los mismos pueblos que se opusieron al imperio francés de Napoleón. También los «Estados Unidos de América» están inspirados en un federalismo republicano para el que la idea de «soberanía estatal» resulta extraña; ya el uso allí del mismo término para designar el conjunto y sus partes muestra una ambigüedad poco compatible con el concepto europeo de «Estado» (§ 101).

101. El Estado puede definirse como el «establecimiento soberano de un orden social pleno y éticamente coactivo dentro de un territorio determinado».

La estabilidad y la independencia de otra potestad superior son esenciales para el Estado. Precisamente por prescindir de toda dependencia —empezando por la que supone el reconocimiento de una delegación de la potestad divina, en concreto de Cristo Rey—, el Estado recaba para sí la constitución autónoma de una Ética coactiva, de donde la reserva exclusiva del uso de las armas, de la administración de Justicia, de la constitución del derecho mediante deci-

siones legislativas, y el control de toda la vida social; en este sentido, el Estado tiende a ser totalitario.

La coactividad del orden estatal requiere, en principio, un espacio propio, un territorio en el que la necesaria violencia estatal se pueda ejercer sin concurrencia de otras fuerzas iguales.

En la actualidad, el orden internacional ha llegado a admitir la existencia de «Estados sin territorio», pero esto se debe al reconocimiento de un posible futuro dominio territorial por grupos nacionales que pugnan por tenerlo; este fenómeno está en relación con el de la guerra irregular del terrorismo (§ 119).

Con la territorialidad del Estado es consecuente la fijación de *f r o n t e r a s*, como límites de la propia violencia y defensas contra otros Estados. De ahí, la esencial *p o l e m i c i d a d* del Estado, para el que todo otro Estado, sobre todo si es vecino, es potencialmente enemigo.

La idea de que el extranjero es un potencial enemigo es muy antigua; la palabra latina *hostis*, de la que viene «hostilidad», significaba en los orígenes, el extranjero; pero éste, en la medida en que tiene un vínculo de «amistad» con otro pueblo, se convierte, para éste, en *hospes*, «huésped». A pesar del progreso de las relaciones internacionales, la frontera territorial sigue teniendo un sentido de exclusión, y de potencial hostilidad, más que de simple reparto amistoso de los territorios estatales. Esta hostilidad del «Estado» contrasta con la afectividad positiva de la «Patria»; la «Nación» puede verse atraída por aquél o por ésta, según las coyunturas históricas, aunque hoy prevalezca su identificación con el Estado, al que también aspiran los nacionalismos regionales.

El símbolo del Estado es la bandera, enseña militar del Ejército estatal.

El uso de la bandera, como muestra su misma necesidad de ondear movida por el viento, empezó por servir para distinguir los barcos de guerra, y luego, las unidades tácticas de todo tipo. El

uso de estandartes rígidos, con sentido militar o no, era muy antiguo, y ha servido para representar simbólicamente grupos sociales de todo tipo; pero se ha producido cierta confusión entre estos estandartes y la bandera, ya que ésta ha llegado a usarse como enseña polémica de grupos infraestatales que aspiran a convertirse en Estado.

Es compatible con la idea del Estado soberano la forma del «Estado federal» (§ 123), que resulta de la unión de regiones (§ 111) que participan de la estructura política soberana.

La experiencia hispánica del federalismo puede considerarse negativa, a pesar de la tradición pluralista de «las Españas», y la opción reciente por un «Estado de las autonomías» parece rechazada, no por la autonomía, sino por su integración estatal. Los que fueron «imperios», como el español y el inglés, difícilmente pueden ser sucedidos por formas federativas.

XXXV.—102. La soberanía del Estado se manifestaba especialmente en la disponibilidad del Ejército para hacer la guerra y en el control del dinero oficial. La tendencia totalitaria suele llevar a la intervención o incluso reserva exclusiva de otras muchas actividades sociales, como la formulación del derecho aplicable por los jueces, la seguridad social, la educación en sus distintos grados, la Economía «Política», etc., pero esta extensión de la soberanía no es esencial; prueba de ello es que los Estados gobernados por monarcas absolutos no presentaban tal tendencia totalitaria, pero sí reservaban al soberano el control del Ejército y de la emisión de dinero: el rey era el jefe supremo del Ejército y su efigie marcaba el valor del dinero.

En la actualidad, la soberanía estatal se ve amenazada por fuerzas disgregadoras, incluso de separación

territorial, y, a la vez, por organizaciones supranacionales, de las que pasa a depender el decidir sobre la guerra y la economía, lo que equivale a decir la soberanía, sin que por ello tales organizaciones adopten la forma estatal, de «superestado».

No parece probable que la disolución del Estado dé lugar a «superestados», ni a un orden de pequeños estados regionales, pues éstos no podrían tener una soberanía como la que perdieron los Estados nacionales de cuya disgregación proceden: aunque pretendieran constituirse en «Estados», no quedarían menos subordinados a la organización supranacional en que vinieran a quedar integrados.

Así, pues, la organización social del futuro deberá superar la teoría y la realidad actuales que se centran en torno al Estado como único «sujeto» político del que dependen los grupos inferiores, y que se asocia con otros Estados sin constituir una organización similar a la suya, ni superior ni inferior. Es la misma idea de «Estado» la que parece estar en crisis, y requiere sustitución.

103. El Estado se constituyó en la Edad Moderna como forma de organización artificial de los grupos nacionales, no como expresión del desarrollo natural de la esencial sociabilidad humana. Habiendo sido su finalidad el imponer la paz en conflictos de carácter religioso, partió de la idea de que la naturaleza humana es por sí misma conflictiva y sólo puede conseguir la paz mediante la superación de los grupos naturales y una estructuración artificial de la sociedad al servicio del poder dominante que impone la paz.

Paradójicamente, la teoría política moderna, pretendiendo ignorar la realidad del «Pecado Original», parte de la bondad natural del hombre, pero al mismo tiempo, de una original hosti-

lidad: *homo homini lupus*: («el hombre es un lobo para el hombre»). En realidad, lo que resulta de la relación entre los hombres es la persona: *homo homini persona* (§ 9).

Sin embargo, la sociabilidad es algo esencial de la naturaleza humana, y no las contingentes estructuras artificiales de gobierno social; procede por sí misma desde las agrupaciones de menor ámbito a las mayores. La nación es natural, pero el Estado es una superconstrucción artificial. En nuestra presente exposición, el término «nación» significa la realidad de la organización social estructurada actualmente como «Estado».

La sociedad humana se va organizando, pues, de abajo arriba, y la nación, a la que corresponde la actual forma estatal, no se encuentra en la cima de esa escala de la organización social, pues sobre el Estado hay comunidades más amplias.

Este sentido ascendente de la sociedad humana es compatible con la idea de que las potestades que gobiernan los grupos en sus distintos grados sean por delegación descendente, a partir de la soberanía de Cristo Rey. La Iglesia, en cambio, al ser de fundación divina, no se organiza como la sociedad civil de abajo arriba, sino por vía descendente, es decir «jerárquica», aunque no por delegación de potestad, sino por desconcentración de funciones.

Así, pues, un orden natural de la organización social no debe partir de la instancia artificial del Estado, sino de los fundamentos asociativos naturales, empezando por la familia hasta llegar a la más alta agrupación de los «grandes espacios».

104. La ordenación gradual de los grupos humanos constitutivos de la organización social, se ajusta a la naturaleza humana cuando se rige por el principio

de **s u b s i d i a r i e d a d**, según el cual los grupos superiores sólo deben interferirse en el régimen de los inferiores en la medida en que éstos no pueden realizar lo que es necesario para su propia existencia.

El principio de subsidiariedad fue anunciado como primer principio de la organización social por el Papa Pío XI (en la encíclica «*Quadragesimo anno*») dentro de una proyección estatal —de relación del Estado con los grupos intermedios y los individuos—, pero ha sido aceptado como universal, al plantearse la necesidad de las comunidades supranacionales. Una versión hispánica de este principio es el de la **f o r a l i d a d**, que surgió como criterio para la relación entre la nación y las regiones (§ 39).

El principio de subsidiariedad, no sólo tiene el efecto defensivo de la libertad de las instancias inferiores, sino el negativo de no reconocer su autonomía cuando éstas carecen de la suficiente responsabilidad, como ocurre en derecho civil con los incapaces (§§ 66 ss.).

Complementario del principio de subsidiariedad es el de **s o l i d a r i d a d**, entendido como deber de contribuir al bien del grupo mayor por encima de los intereses particulares.

A este propósito, es necesario tener en cuenta que la perfección técnica suele llevar a la concentración de funciones en los niveles superiores, con grave perjuicio de la autonomía que la subsidiariedad postula. Quiere esto decir que el mismo bien común y no sólo la autonomía del grupo menor exigen la tolerancia de cierta imperfección técnica de éste, siempre que no atente contra un bien superior al de la autonomía.

Al deber de solidaridad pertenece la imposición de un régimen estable de contribución económica sobre los grupos menores a favor de los mayores; régimen que es objeto del estudio del **D e r e c h o F i s c a l**

(§ 31), y cuya corrección depende, tanto de la medida proporcionada de tal carga, cuanto del conveniente destino de la recaudación.

No se trata aquí de todo tipo de asociación, sino de aquellas formas de comunidad que articulan un régimen de convivencia general. Son *comunidades* y no simples *asociaciones*. La diferencia entre estas dos formas está en que la asociación, que sigue al modelo del contrato de sociedad (§ 81), crea vínculos obligacionales entre los que la contraen, y pueden constituir una personalidad jurídica, pero no se considera a sí misma como necesaria e independiente de los cambios de voluntad de los socios, ni regida por ciertos principios inalterables, como ocurre con la comunidad.

La conciencia comunitaria puede tener mayor o menor intensidad en los distintos niveles de la organización social, y puede inexistir respecto a los «grandes espacios» (§ 125).

Estas agrupaciones humanas que constituyen la sociedad en todos los niveles comunitarios, tienen cada una su propio espacio, aunque las preferencias territoriales se presentan en ellas de muy distinto modo.

La distribución de preferencias sobre el espacio —no sólo terrestre, sino también submarino, marino y aéreo— es objeto de la ciencia geonómica de la *Geodierética*. El criterio principal de esta ciencia es el de que la atribución de preferencias espaciales, siempre relativas, depende de la necesidad del uso a la vez que de la posibilidad de control del espacio atribuido.

Distinta de la Geodierética es la Geopolítica, accesoria de la Estrategia, que se refiere a las particulares conveniencias políticas de apropiación del espacio por los Estados.

Por lo demás, no todas estas agrupaciones tienen necesidad de ser reconocidas como personas jurídicas (§ 8), pues, a pesar de cumplir un fin público, de interés para el bien común, no siempre tienen un patrimonio social estable que justifique la personalidad jurídica.

XXXVI.—105. La sociedad civil se compone fundamentalmente de familias.

Así lo decía el Catecismo de San Pío X (núm. 408), pero el nuevo (núm. 1.880), en cambio, dice que es «una cierta suma de personas», aunque se reconoce (núm. 2.207) que la familia es la «célula original de la vida social». Esto supone un cierto giro democrático (§ 115), pero procede de lo que es más propio de la estructura de la Iglesia, que se compone, no de familias, sino de individuos bautizados. En efecto, aunque la doctrina del magisterio de la Iglesia da gran importancia a la familia como «célula» de la sociedad, el interés efectivo que por ella demuestra se reduce al matrimonio y a la educación cristiana de los hijos. De hecho, no insiste en la discriminación de la legitimidad (§ 107), reduce la familia a la relación interconyugal y paterno-filial, y ha contribuido, a lo largo de la historia, a debilitar la patria potestad sobre los hijos (§ 108).

Ciertamente, la familia es anterior a la sociedad, puesto que se funda en el matrimonio, y éste no es una institución establecida por los hombres, sino impuesta por Dios como principio de la familia y de toda la sociedad compuesta de familias.

Como puede verse en el relato del «Génesis», el primer matrimonio no fue un acto voluntario de los primeros cónyuges, sino impuesto por el Creador como absolutamente necesario para la propagación del género humano. De ahí que la naturaleza del matrimonio —heterosexual, monogámico e indisoluble— no

dependa de las convenciones humanas, sino de la misma naturaleza, que los hombres no pueden alterar; puede decirse, en este sentido, que «Eva nació casada». Sólo la multiplicación del género hizo posible que el matrimonio dependiera de la voluntad de los cónyuges, así como la exclusión del matrimonio intrafamiliar o incesto.

Aunque se instituyó el matrimonio sacramental con el fin de procurar la gracia conyugal, el matrimonio no-cristiano sigue siendo el natural impuesto por Dios para perpetuar el género humano. Este fin natural hace que la consumación sexual sea decisiva, aunque el derecho de la Iglesia exija la forma de un consentimiento inicial, y también la ley civil sigue este criterio de seguridad jurídica.

El consentimiento de futuro matrimonio (esponsales, § 79) no vincula a los contrayentes, y el consentimiento formal no tolera condiciones, tampoco suspensivas; la de no procrear impide la existencia del matrimonio. Las uniones homosexuales no son matrimonio, y sólo recientemente se intenta olvidar esta certeza. En algunos pueblos, el incesto llegó a ser admitido entre hermanos, dentro de ciertas clases sociales. Pero la indisolubilidad fue universalmente olvidada, de manera que el cambio de cónyuge llegó a ser admitido por el «derecho de gentes» (§ 13). Es interesante observar que Jesucristo (Mt. 19, 8, Mc. 10, 11 s., Lc. 16, 18) no hizo más que una sola referencia expresa al derecho natural, que fue, precisamente, a propósito de la indisolubilidad del matrimonio; probablemente por haber sido olvidado universalmente —y también por el derecho mosaico— ese principio inalterable de la naturaleza humana.

La admisión del divorcio vincular, no sólo es contra el derecho natural, sino que supone la desaparición del matrimonio como institución.

En este sentido, el divorcio legal resulta más grave que la impunidad legal de cualquier delito, incluso cruento, como puede ser la del feticidio (aborto procurado); del mismo modo que la admisión legal de la poligamia sería más grave, aunque menos cruenta, que

la despenalización del uxoricidio; y la abolición de una monarquía, más grave que la despenalización del regicidio; o, en otro orden de cosas, la prohibición de la propiedad privada, más grave que la expropiación forzosa.

106. La unión matrimonial es, evidentemente, algo de la exclusiva responsabilidad individual de los cónyuges, pero, por cuanto es el fundamento de una futura familia convergente, no deja de afectar a las respectivas familias de los cónyuges. La reducción de la familia a la relación conyugal y paternofilial (§ 105), no corresponde a la realidad social. El matrimonio une también, en cierto modo, a las respectivas familias de los cónyuges, entre las que surge el parentesco de afinidad.

Hablar de la familia sin tener en cuenta, p. ej., la suegra, los cuñados, etc., es una simplificación excesiva. También un matrimonio con persona de rango social inferior perturba a las familias afectadas, y no sólo en las dinastías reales. Los moralistas incluían también en la familia a los sirvientes (la sociedad «eril»), pero esta otra dimensión ha desaparecido al no subsistir el servicio de «domésticas» estables que sustituía a la antigua esclavitud.

La unión de familias dio lugar, a lo largo de la historia, a grupos más amplios, como el de la *gens* romana, o formas tribales muy distintas.

La *gens* romana se identificaba por un apellido común —el *nomen gentilicium*—, y, aunque perdió trascendencia pública a lo largo de los siglos, no perdió esa identidad del nombre. Luego, los vínculos de la aristocracia (§ 114), siguieron dependiendo de esa idea de la «gran familia». La estructura social germana se fundaba en esa forma familiar («Sippe») como esencial, y de ella puede proceder el aforismo (conservado en Escocia) de que «la sangre es más espesa que el agua» («blood is thicker than water»).

107. Siendo la familia un concierto de desiguales (§ 68), requiere un criterio de discriminación que per-

file sus límites. Esta discriminación esencial está, ante todo, en la *l e g i t i m i d a d*: la del matrimonio y de la filiación que de él deriva.

Sin la discriminación de lo ilegítimo, la familia no puede subsistir. No se trata de no reconocer los deberes que los progenitores tienen respecto a su prole, especialmente el deber de manutención cuando la prole no se vale por sí misma, sino de no confundir las uniones conyugales y las proles, pues esta indiscriminación conduce a la promiscuidad. En efecto, si la descendencia ilegítima tiene que poder convivir con la legítima, no se puede negar el mismo reconocimiento a las posibles, incluso múltiples, uniones conyugales. También el derecho de sucesión queda profundamente perturbado por la inseguridad de las expectativas de los ilegítimos. Así, cuando el derecho de sucesión da ciertas ventajas a los descendientes de un anterior matrimonio legítimo, la equiparación de hijos legítimos e ilegítimos viene a hacer imposible la observancia de tal derecho sucesorio.

El principio de legitimidad, como más natural que la legalidad, radica precisamente en la legitimidad familiar. La legitimidad de todos los otros grupos humanos, y de la misma potestad monárquica, arraiga en esta familiar por ser el inicio natural de toda la organización social.

La legitimidad de la potestad, aparte la que proviene en la monarquía o en la aristocracia (§ 114) del origen familiar, es también la del ejercicio de tal potestad; pero esta «legitimidad de ejercicio» no es el fundamento de la potestad, sino la causa de su conservación.

La legitimidad puede identificarse así con el derecho natural, aunque ampliado por la lealtad a los pactos fundamentales del pueblo con su gobernante, que constituyen la base «natural» del respectivo deber de obediencia y defensa (§ 112).

108. La familia no puede prescindir de cierta potestad de los progenitores sobre la prole legítima. Esta potestad es la menor del ámbito social, pero la indiscutiblemente más natural de toda la escala de potestades que estructuran la organización social.

Esta potestad sobre los hijos presenta una muy particular singularidad. Es de experiencia general que, en el interior del hogar familiar, la que ejerce esta potestad es la madre, que decide sobre todos los aspectos domésticos, como es la disposición de la vivienda y la contratación de trabajo auxiliar; muy preferentemente, la educación de los hijos, su vestido y la alimentación de todos los que integran el hogar. Es relevante, pues, el aspecto económico de esta potestad de la madre.

Esta actividad rectora de la madre no es incompatible con un trabajo profesional de ella fuera del hogar, pero es evidente que éste dificulta en gran medida tal actividad. En especial, afecta a la atención que la madre debe prestar a los hijos, con el resultado de abandonarla en personas extrañas o desatenderla totalmente, con el daño consecuente de maleducar a los hijos por el recurso de remediar la falta de atención con seducciones económicas. Por lo demás, el aumento de trabajo profesional de las mujeres agrava enormemente el desempleo laboral; el coste de las indemnizaciones sociales por éste podría convertirse en un aumento de la retribución —incluso por ventajas fiscales— de los maridos cuyas mujeres se dedican exclusivamente a ejercer la potestad doméstica.

El padre, por su parte, ejerce la potestad en el exterior del hogar, como responsable del patrimonio y representante de la familia. Precisamente por ser más relevante para el derecho la potestad que ejerce el padre que la de la madre, se habla, en general, de «patria potestad».

Cuando se dice que la patria potestad es «compartida» entre el padre y la madre, se incurre en una explicación inexacta, pues el modo de ejercer esa potestad es muy distinto en el padre y en la madre. No puede hablarse de «solidaridad», precisamente por haber diferencia, pues la potestad solidaria presupone igualdad y ejercicio pleno por cualquiera de los partícipes, y la de los progenitores es especialmente diferenciada; como lo es su respectiva función, en relación con la diferencia entre *patrimonium* y *matri-monium* (§ 3).

La patria potestad ha venido a reducirse modernamente a una tutela de los padres sobre los hijos menores, con lo que, aunque sea en ventaja de la independencia de los hijos a partir de cierta edad, se ha debilitado en gran medida la consistencia de la institución familiar y la responsabilidad por los actos de hijos menores.

La Iglesia ha contribuido a la desaparición de la antigua patria potestad, a la vez que las leyes han ido adelantando también la llegada de la mayoría de edad. En especial, se ha producido la consecuencia de prescindir del consentimiento paterno para el matrimonio de los hijos; es claro que el mínimo de los 16 años del hombre y los 14 de la mujer (canon 1083), mínimo pensado para salvar la filiación, resulta excesivamente bajo para cierta seguridad de un matrimonio sin contar con los progenitores. Debe observarse, sin embargo, que, aun siendo evidente que el matrimonio es un acto personalísimo, no puede menos de afectar a las respectivas familias de los contrayentes (§ 106). En relación con esto está el hecho de que son los padres los que mejor pueden conocer la madurez de sus hijos para asumir éstos la responsabilidad del matrimonio. En este sentido, el mismo derecho canónico ha tenido que admitir la inmadurez como causa de anulación del matrimonio (canon 1095, 2), a la vez que intenta prevenirla mediante el recurso no muy seguro de una educación pre-matrimonial. La antigua asociación de la capacidad matrimonial del hombre con su aptitud para servir bajo las armas tenía un razonable fundamento, tanto jurídico como natural.

109. La familia no necesita una personalidad jurídica, a pesar de que, de algún modo, un cierto patri-

monio se aplica a sufragar sus necesidades económicas. Esta falta de personalidad jurídica se debe a que sus miembros son determinados y efímeros, sin la indeterminación personal y continuidad que justifican el reconocimiento de una personalidad jurídica. En efecto, está en la naturaleza de la familia su proliferación en otras nuevas familias, la «gran familia» resultante, y tampoco la unión de las familias de los cónyuges tiene la permanencia propia de las personas jurídicas.

Por esa misma elasticidad e inestabilidad, tampoco la familia tiene una preferencia estable sobre un espacio concreto. Es evidente que un matrimonio requiere un hogar para los cónyuges y su prole, pero ese espacio necesario es mudable, y la preferencia sobre él puede concretarse en una preferencia —real o arrendaticia— de uno de los progenitores. Asimismo es frecuente que una misma familia tenga preferencias de instalación sobre varias viviendas a la vez.

Puede decirse, pues, que la familia no tiene un determinado espacio territorial propio y tampoco necesita una personalidad jurídica.

Algunas legislaciones, para favorecer la economía familiar, prevén la atribución de una «vivienda familiar» incluso de un «patrimonio familiar», pero tal adjudicación no se hace a la familia como tal, sino a uno de los progenitores en razón de su familia.

XXXVII.—110. Tampoco tienen una preferencia territorial estable muchas agrupaciones a las que la sociabilidad humana puede dar lugar por razones profesionales, culturales, lúdicas y de todo tipo.

Tales agrupaciones pueden tener preferencia de espacio para su instalación, que, aunque puedan resultar útiles no son esencial-

mente necesarias. Tampoco lo es la que muchas universidades pueden tener sobre su «campus», pues una universidad puede existir sin él, incluso sin una instalación en sede propia, como ocurría con las primeras universidades medievales (*universitates personarum*), instaladas en sedes ajenas.

En cambio, los grupos humanos que constituyen la organización social como entes superiores a las familias de que se componen sí tienen un espacio territorial propio.

Así, en primer lugar, con la agrupación de familias vecinas —sea ésta reducida, sea grande, como es la de las ciudades—. Estos grupos son ya territoriales y requieren una personalidad jurídica, sea a título de municipio o de otro modo similar.

Este tipo de agrupación local requiere ya que se le reconozca una preferencia real sobre un patrimonio propio, no sólo por necesidad de su propia administración y sede de gobierno, sino también para procurar a los vecinos el libre disfrute de bienes comunales.

La aparición del Estado fue muy perjudicial para la conservación de estos bienes comunales, como también lo fue para la de los bienes eclesiásticos; unos y otros fueron objeto de expoliación por las leyes desamortizadoras. Es previsible que la superación de la actual forma estatal dé lugar a una restauración de los patrimonios comunales; como también sería posible y conveniente que la acción social de la Iglesia pudiera contar con medios propios y no dependiera de las inseguras larguezas del Estado.

A su vez, la agrupación de municipios da lugar a unidades como a r c a l e s, en las que puede integrarse también alguna ciudad mayor. Por sí misma, la comarca no requiere tener un patrimonio propio, ni, por tanto, personalidad jurídica, pero no es excepcional que lo tenga.

Un caso ejemplar de comarca con personalidad jurídica e importante patrimonio es el de las «universidades» de los «valles» de Navarra, integradas por varios municipios.

En todo caso, la comarca tiene una identidad, distinta de la de los municipios que la integran, y cumple una función en el conjunto de la organización social, dentro de las agrupaciones territoriales mayores.

111. Las comarcas, a su vez, se integran en regiones; el espacio territorial de la región se determina por la conjunción de razones geográficas e históricas. También la región necesita su propio gobierno, subsidiario respecto al de los grupos menores que la componen, y goza de autonomía respecto al superior y subsidiario de la nación.

Como se ha dicho ya (§ 100), sucede a veces que estos grupos regionales tienen un sentimiento de patriotismo «nacional» que les mueve a aspirar a la independencia frente a la nación, es decir, contra el actual Estado nacional en que se hallan integrados. La solución de esta tensión no es propiamente jurídica, sino que depende de situaciones de hecho y acciones muchas veces de fuerza. En efecto, la contradicción entre el deseo de independencia de la región y el de unidad de la nación es difícil de resolver si no es por el hecho de una victoria militar.

Grupos propiamente nacionales son los que en la actualidad se presentan como «Estados». Aunque la forma de Estado se halla en crisis (§ 102), una agrupación humana de este nivel tiene razón de ser, por el principio de subsidiariedad.

Aunque no con soberanía, los reyes que gobiernan las naciones, o, en su defecto, los que asumen su potestad en servicio del bien común, son los que dan una unidad más consistente a los grupos inferiores y actúan como representantes de sus respectivos pue-

blos en las relaciones internacionales. Son ellos también los que mediante las fuerzas armadas defienden la constitución nacional ante agresiones exteriores o interiores, así como el orden constitucional de las autonomías de los grupos infranacionales; porque son las naciones las que tienen propiamente un orden constitucional.

112. Suele entenderse hoy por «constitución» la ley fundamental del Estado, pero aquélla es mucho más que una ley.

La *constitución* es, ante todo, un acto de decisión sobre la propia identidad nacional, en virtud del cual se establece la recíproca posición de gobierno y acatamiento, con carácter definitivo. Puede tener un origen consuetudinario, mal conocido, incluso mítico.

No mítico, pero sí misterioso es el origen de la constitución de la Iglesia, fundada por Jesucristo como incoación del «Reino de Dios». El intento de una «*lex fundamentalis*» de la Iglesia fue equivocado, y, por ello, pronto abandonado, pues la Iglesia no puede fundarse en una ley humana, aunque sea de la potestad eclesiástica, ya que también ésta es de origen divino.

Cuando una constitución nacional se promulga en forma de ley, ésta vale como irrevocable. Debe distinguirse pues de otras leyes «fundamentales» para cuyo cambio se requiere acaso formas de aprobación más exigentes; tampoco es susceptible, como son éstas, de interpretación (§ 58), pues una ley que necesita interpretación no expresa bien el sentido de una decisión comunitaria definitiva. Sólo por una convulsión revolucionaria puede la constitución perder su vigencia. Su defensa corresponde al Ejército de la nación

(§ 117); un tribunal constitucional no puede defender la constitución nacional, porque carece de los recursos de fuerza que se requiere en contra una agresión a la integridad nacional.

La constitución, por lo demás, no es el fundamento del derecho, no es una «norma de normas»; puede, ella misma, no tener forma de ley, y, en todo caso, toda ley es, por su contenido, no por su forma, una manifestación de autoridad jurídica y no de potestad rectora, como es, en cambio, la decisión constitutiva de una nación. El respeto de los derechos regionales sí puede entrar en el pacto constitucional entre gobernante y gobernado, así como también el régimen constitucional para el posible desarrollo o cambio de esos derechos.

La decisión constitucional viene a completar los presupuestos de derecho natural, como constitutiva de la naturaleza de una nación concreta, y por eso determina, como el mismo derecho natural, la legitimidad de la potestad que rige la nación. La ilegitimidad de la potestad puede depender, pues, de una vulneración del derecho natural o de esta constitución «natural» de un pueblo (§ 107).

Sin embargo, como el poder debe ser considerado como potestad cuando es reconocido por los súbditos, puede suceder que un gobernante efectivo tenga tal reconocimiento a pesar de ser ilegítimo, sea por el abuso de su ejercicio sea incluso por su origen anti-constitucional (§ 107); hay que distinguir, pues, entre el poder «constituido» que es la potestad, y el poder «constitucional», que es la potestad legitimada por su

origen. Toda potestad merece moralmente el respeto de los súbditos, aunque esto no implique el deber moral de cumplir todos sus mandatos, ni de abstenerse de procurar el cese de tal gobernante. Los criterios morales se combinan entonces con datos de hecho, y no siempre es fácil de determinar cuándo el poder ha perdido el reconocimiento social al que debe su carácter de «potestad».

XXXVIII.—113. De la constitución de un pueblo depende, entre otras cosas, la forma de gobierno.

Desde muy antiguo, se ha planteado la cuestión de quién debe gobernar y quién debe ser gobernado.

Esta cuestión se planteó respecto a la *polis* griega, y de los griegos llega a la filosofía romana sin una correspondencia real con el gobierno propio de la *res publica*; también de los griegos la toman los «políticos» modernos en referencia al Estado, y por eso puede tratarse de ella a propósito del gobierno de una nación, aunque, en principio, también afecta a otros grupos humanos; no a la familia, cuyo gobierno está determinado por la misma naturaleza (§ 109).

El tema se enfocó centrándolo en el número de las personas que gobiernan, y por eso se distinguió entre uno, unos pocos y todos, de donde la tríada monarquía, aristocracia (propiamente «oligocracia») y democracia.

El monarca se llama «rey», del latín *rex*, el que «rige»; de ahí derivan los adjetivos «regio», pero también «real» que no debe confundirse con el «real» que deriva de *res*, «cosa» (§ 3). Por cuanto era la persona «principal», el *princeps* romano cumplía funciones de monarca, pero este título se reserva modernamente para el heredero de la potestad real.

Naturalmente, no dejó de verse el riesgo que estas formas puras tenían de degenerar, respectivamente, en el abuso tiránico, de gobierno de casta cerrado o de anarquía, y por eso se pensó también en la conveniencia de combinar esos tres tipos en formas mixtas de gobierno. Como la anarquía fue siempre temida como el peor de los males sociales, la democracia no dejó de ser considerada como la forma más insegura.

Toda organización social procede como desarrollo del primer grupo que es la familia, y es explicable que esas tres formas de gobierno reflejen distintos sentimientos comunitarios respecto a la trascendencia pública de la familia. Así, la monarquía concede la potestad a una única familia, una dinastía; la oligocracia, a unas familias que son consideradas superiores, de donde el nombre de «aristo»-cracia; la democracia, a los individuos sin consideración de su pertenencia familiar, ya que, para la democracia, la sociedad civil no se compone de familias sino de individuos (§ 107). La Iglesia, que también se compone de individuos, deja al margen de su interés particular la cuestión de las formas de gobierno; dado su reconocimiento de la familia como «célula» de la sociedad civil, tendió tradicionalmente a favorecer la monarquía, y llegó a darse en este sentido una «alianza del Trono y el Altar», pero ese afecto no era esencial para la Iglesia, y por eso se ve en ella actualmente cierta inclinación hacia la democracia —una «alianza del Sufragio y el Altar»—, aunque su idea de democracia sea algo idealista y no se ajuste mucho a la práctica democrática de hoy, «que no contempla la referencia a fundamentos de orden axiológico y, por tanto, inmutables», y en la que «la admisibilidad o no de un determinado comportamiento se decide con el voto de la mayoría parlamentaria» (Encíclica *«Fides et Ratio»*, § 89).

Las tres formas de gobierno distinguidas por los griegos existieron realmente en las ciudades griegas, pero la teoría democrática, pese al origen griego de esta palabra, tuvo realmente su origen en el conciliarismo de la Iglesia tardo-medieval.

En un momento en que se produjo perplejidad acerca de la legalidad de papas en conflicto, los reunidos en concilio pretendieron tener ellos la representación de la Iglesia y poder tomar las decisiones de gobierno. Dada la composición algo caótica de aquella asamblea, la mayoría no sólo se imponía a la minoría, sino que la excluía de las siguientes sesiones por la razón de que en la Iglesia no debe haber disidencias, y debe prevalecer en ella la unidad. Como es comprensible, restablecido el orden en la Iglesia, ésta condenó la doctrina conciliarista, pero no pudo evitar que fuera el origen de la ulterior revolución democrática del Estado moderno, y de cierto error siempre recurrente dentro de la misma Iglesia.

A la monarquía se contraponen la *república*, que tiene propiamente un sentido negativo; el término procede de *res publica*, con el que los romanos designaban su propia comunidad.

La connotación negativa de no-monarquía está ya en el término romano, por cuanto éste contraponía la «*libera res publica*» al primitivo «*regnum*», de odiosa memoria en Roma. Este matiz negativo ha quedado paliado en el uso moderno de la palabra, sobre todo allí donde una antigua monarquía ha quedado olvidada; no así en España, donde la «república» se entiende todavía como subversión del tradicional orden monárquico y católico, por lo que «república» equivale aquí a «desorden».

114. Esta doctrina tradicional de las tres formas de gobierno parece haber perdido hoy su interés. Los que gobiernan son siempre unos pocos, no uno solo ni todos, y por eso aquella consideración del número de los que gobiernan no tiene sentido; por otro lado, no sólo las aristocracias han desaparecido a efectos de la potestad, sino que las monarquías actuales aparecen acopladas a las democracias, hasta el punto de verse privado el monarca de una potestad real, aunque aparezca con el título de «Jefe del Estado», propio de los Estados republicanos; pierde con esto su

función natural de «defensor del pueblo» contra los poderes delegados.

La decadencia de las dinastías depende de la decadencia general de la aristocracia, y, en el fondo, de la desaparición de la «nobleza». *Nobilis*, de *nosco* (conocer), es la persona «conocida». Este especial «conocimiento» de que eran objeto algunas personas se debía a los actos, muchas veces heroicos, propios o de sus antepasados. Pero los nuevos medios de comunicación social han impuesto otro tipo de «conocimiento», sobre todo por la publicidad de la imagen. De este modo la aristocracia, no sólo ha perdido su antigua ejemplaridad, sino que ha accedido a competir con todos en la propaganda de la imagen, adecuándose incluso al estilo de los profesionales del espectáculo, que son, naturalmente, los que mejor uso pueden hacer de su propia imagen. Consecuentemente, los modelos que se proponen a la sociedad son los propios del espectáculo, y no los de la nobleza familiar.

Por otro lado, la democracia ha dejado de ser una forma de gobierno, y se ha convertido en una ideología totalitaria, conforme a la que se debe ajustar la Ética, para distinguir la «corrección política» y proscribir lo «democráticamente incorrecto».

La idea principal de la Ética democrática es la de la igualdad de todos los hombres. Naturalmente, no puede ser igualdad en el poder, ni en la fortuna, ni en la educación, sino en el placer, por lo que la democracia es fundamentalmente hedonista: el «Estado del bienestar».

Como en los placeres sensuales es donde cabe más fácil igualdad entre las clases sociales, son éstos los que vienen a ser favorecidos, sin distinción de sexos ni otras limitaciones. También la educación tiende a igualarse por la proscripción de la cultura que puede resultar discriminatoria; saber Latín, por ejemplo, no puede menos de crear cierta desigualdad social, por lo que se tiende a excluir su estudio. La ignorancia, después de todo, iguala más que la cultura.

La gran ventaja de la democracia es la «Seguridad Social», que no puede menos de parecer justa y necesaria, aunque contribuye a disminuir la previsión de la responsabilidad personal.

Al contar con el Estado, la seguridad social carga sobre él, es decir, sobre los contribuyentes; pero, con un servicio tan enorme, se crea una dificultad universalmente sentida como insuperable. Ante la actual crisis del Estado, hay que pensar que ese servicio social deberá gravitar sobre otras entidades, sobre todo, las empresas, quedando siempre una responsabilidad subsidiaria de los grupos superiores nacionales o supranacionales.

Así, pues, no puede hablarse hoy de la monarquía como forma de gobierno, porque los reyes no gobiernan; ni de aristocracia, porque, aunque siempre sean pocos los que gobiernan —a modo de oligocracia—, no son ya ejemplares para la sociedad; ni de democracia, en sentido literal, porque no son los electores los que gobiernan, sino unos pocos elegidos, y la democracia no es una forma de gobierno, sino una Ética.

Habiendo dejado de ser la monarquía una forma de gobierno efectivo, no es infrecuente que, a veces, el desorden social requiera una concentración de poder y aparezcan las dictaduras como necesidad para restaurar el orden perdido; de este modo, la anarquía en que puede degenerar una democracia da lugar a una dictadura.

La dictadura, institución de origen romano, no debe confundirse con la tiranía, de origen griego. Aquélla tenía carácter temporal, aunque tendiera, algunas veces, a prolongarse, en tanto la antigua tiranía griega era una forma estable, aunque surgiera por una puntual reacción popular contra los abusos de una oligarquía; sólo la literatura filosófica llegó a llamar «tiranía» al gobierno abusivo de quien lo ejerce en propio provecho y no en bien de sus súbditos:

de este modo, del tirano llegó a hacerse una imagen caricaturesca y despectiva frente a la antigua tiranía; y algo similar tiende a ocurrir con el «dictador». De hecho, algunos regímenes autocráticos del siglo XX, al constituirse como estables y promovidos por una decisión masiva de los súbditos, se aproximan más a la tiranía antigua que a la dictadura.

115. La democracia, como todo otro modo de gobernar, no da la potestad a toda la población nacional, sino al grupo humano que ha sido elegido por el sufragio de los que pueden participar activamente en las elecciones. No se trata propiamente de una representación en sentido jurídico (§ 7), sino de una selección de personas para cargos temporales; esto explica que la voluntad real de los electores no coincida siempre con la de los actos de los gobernantes elegidos por la mayoría, ni siquiera la de aquellos electores que les otorgaran su voto favorable. Con la elección se produce una cierta enajenación del poder que tienen, teóricamente, los electores, a favor de los gobernantes elegidos; en este sentido, se puede hablar de «alienación» popular.

Al ser temporales los gobernantes, y fluctuante la voluntad de los que pueden seguir eligiendo a quien someterse, es claro que debe existir otra instancia de poder más permanente que puede superar la inestabilidad de las «políticas» nacionales, y que pueda superar también las inevitables contradicciones que surjan entre los gobiernos nacionales. Es así una consecuencia inexorable de la democracia que la competencia de decisiones superiores no sea la de los gobernantes aparentes y mudables, sino de aquellas personas o centros de influencia que pueden controlar más efectivamente el mundo en su totalidad: son siempre

dominadores concertados para el dominio de la economía universal. Ellos son los que, por debajo de las apariencias «políticas», gobiernan anónima pero realmente a las naciones.

Este concierto de poderosos de la economía se llama a veces «sinarquía», es decir, «gobierno conjuntado», aunque la designación de ese poder real, al no ser oficial y pública, puede variar, según las coyunturas de cada momento. Pero ese poder en cierto modo oculto existe realmente; basta que controle un 80 por 100 de la economía mundial para que ejerza como gobierno universal, aunque no sea propiamente democrático, sino plutocrático: no potestad, pero sí poder efectivo, irresistible.

Por lo demás, siendo la familia una permanente reserva de desigualdad humana (§ 68), se explica que un régimen que, como ocurre en la democracia, parte de la igualdad humana (§ 115), tienda consecuentemente a debilitar la relevancia social de la familia.

A esto se une que la identidad social de la familia, al reforzar la continuidad de las generaciones, sea un obstáculo para las reformas antitradicionales. La misma idea de generación como sucesión fundada en la paternidad, queda sustituida, en un planteamiento igualitario, por una distinción convencional de etapas irregularmente distanciadas, con lo que se oscurece la razón del cómputo del parentesco (§ 106).

116. La contradicción de opiniones en los elegidos y en los mismos electores se puede manifestar visiblemente mediante el reparto físico de las personas en espacios enfrentados. Este «reparto» de las personas no tendría que ser estable, sino accidental, es decir, para cada votación, pero la lucha por el poder ha impuesto la organización de la hostilidad política interna del Estado en forma de «partido», como grupos de presión estables y sometidos a una disciplina que no tolera bien las discrepancias

entre los que los integran. El pueblo ha quedado así sustituido por los partidos en conflicto que aspiran a gobernar. Con esto se ha acentuado el carácter polémico del Estado, dentro de su espacio interior, en razón del acceso al poder.

La sustitución de la voluntad del pueblo por la de los elegidos depende de la consideración de aquél como persona jurídica (§ 8), pero, si el elegido es un partido como tal, como ocurre en el régimen de «listas cerradas», no hay representación popular, sino sustitución del pueblo por el partido; en este sentido, puede hablarse (aunque sea un término híbrido) de «partitocracia».

Los partidos políticos, al funcionar como milicias de propaganda electoral y de ulterior disfrute del poder, necesitan copiosos medios económicos, y aquí puede verse una grave dificultad para el buen funcionamiento de la democracia.

Es evidente que las cuotas que puedan aportar los que pertenecen a un partido no son ni mínimamente suficientes. Se piensa entonces en dar, con fondos del Estado, una ayuda económica a los partidos, en proporción a su magnitud, pero tampoco esto resulta suficiente. De ahí que la práctica democrática haya acudido al recurso fraudulento de la percepción de gratificaciones por el favor que los que gobiernan prestan, o los que aspiran a gobernar pueden prestar, a las empresas con las que la Administración concierta contratos públicos; con esto, la financiación de los partidos presenta cierta similitud con la de las bandas mafiosas. Un abuso, éste, que a pesar de su aspecto delictivo, excede de la competencia jurisdiccional, y debe resolverse por la misma dialéctica de los órganos de discusión política, como es el Parlamento.

XXXIX.—117. Deber primordial de todo gobernante nacional es la defensa de la identidad y seguridad de la nación que tiene encomendada; con ese fin, se reserva la exclusiva de la coacción y, en concreto, de las armas, ya que los distintos tipos de violencia coactiva necesitan contar con el uso, en último

término, de las fuerzas armadas; esta potencial coacción armada requiere el control de un ámbito territorial relativamente amplio (§ 101), como es el del gobierno nacional y no el de los gobiernos de grupos menores —la ciudad, la comarca o la región—, cuya identidad y seguridad deben quedar defendidos por el gobierno nacional.

Este servicio de defensa que incumbe al gobernante nacional es una expresión del derecho natural de *legítima defensa*: aunque la potestad acaso no sea legítima, la defensa que hace del bien común sí es «legítima».

La «legítima defensa» es un principio de derecho natural universalmente reconocido; aunque, en tiempos modernos, las ilusiones del «Estado de Derecho» (§ 23) y del pacifismo a ultranza han tendido a oscurecerlo; la necesidad de la propia violencia defensiva cuando no hay otra defensa organizada suficiente resulta inevitable: es lícito (por derecho natural) rechazar la violencia con la violencia («*vim vi repellere licet*»).

En efecto, cuando no vale una violencia defensiva por los legítimamente encargados de ella, debe ejercerla, en su propia defensa, el violentamente agredido. Y como la violencia puede ser armada, ese principio legitima la muerte del agresor.

El punto de partida de la doctrina de la legítima defensa es el del caso de agresión a la vida personal que no puede ser rechazada más que con la violencia incluso mortífera del agredido. No debe confundirse, pues, el caso de legítima defensa con el de «estado de

necesidad». Este último es el de causar un daño material en patrimonio ajeno por evitar otro daño patrimonial mayor, y nunca justifica la muerte, pues no hay agresión, sino simple «necesidad»; por ejemplo, la de quemar una franja de bosque ajeno para evitar la ampliación de un incendio forestal.

La doctrina de la legítima defensa requiere que haya proporcionalidad entre la violencia defensiva y la agresora, pero este requisito debe entenderse según el sentido común. Es indiscutible que no se puede matar a un simple ladrón, pero si éste viene visiblemente armado, debe entenderse que sí atenta contra la vida. La expresión popular «la bolsa o la vida» presenta una alternativa equiparable a la de «la vida o la bolsa». Sólo una equivocada teoría del «bien jurídicamente protegido» (§ 121) puede ver en ese caso una simple agresión al patrimonio, que, si así fuera, no justificaría la muerte.

Aunque la legítima defensa suele referirse a la defensa violenta ejercitada por el individuo agredido, parece razonable admitir que sigue siendo válida en defensa de una vida ajena; no sólo la de una persona con la que se puede suponer que hay un deber familiar de defensa, sino, por una solidaridad humana, con cualquier otra persona, siempre, claro está, que no sea posible otro medio de defensa. Esta extensión de la legítima defensa a favor de tercera persona nos facilita la comprensión de lo que es una legítima defensa de la comunidad nacional, en las dos aplicaciones de la guerra y de la pena de muerte.

Otra modalidad de legítima defensa social sería la del *tiranicidio*; pero ha perdido vigencia en una sociedad que desconoce la «tiranía» (§ 114), y en la democracia no subsiste esta defensa contra el abuso del poder a causa de la despersonalización del gobernante.

La guerra es la legítima defensa frente a una agresión armada, y compete al Ejército. La pena de muerte es la legítima defensa frente a la hostilidad de un delincuente que puede ser considerado «enemigo público», y compete a la jurisdicción nacional.

118. Para la defensa contra una agresión exterior, o, en todo caso, contra un enemigo público que pueda aparecer organizado dentro de la misma comunidad, la nación cuenta con un Ejército, que, ordinariamente, se integrará dentro de otro confederado propio del «gran espacio» en el que aquella nación se halla integrada.

El Ejército, como defensor del pueblo, no forma parte del mismo pueblo al que defiende. Es un órgano de la comunidad que se rige por su propia disciplina, sometida a la jurisdicción de los tribunales militares, no a la de los jueces ordinarios; supone así el reconocimiento de un régimen de «justicia militar».

La defensa armada de la identidad y seguridad de la comunidad nacional, como actividad bélica, es un deber del gobernante, aunque la legitimidad de la violencia defensiva de la Guerra depende de ciertos requisitos, como es el de la posibilidad de victoria, y tiene ciertos límites, que establece el Derecho de Guerra.

El Catecismo de la Iglesia Católica (núm. 2.309) recoge los requisitos de la «guerra justa» del derecho tradicional. En cambio, el pacifismo teórico pretende negar la existencia de un Derecho de Guerra, y el resultado es entonces, puesto que sigue habiendo guerras en la actualidad, que éstas se hacen «sin límites jurídicos». El carácter jurídico del Derecho de Guerra dependía de su aplicación por los tribunales militares; de distinto carácter son los tribu-

nales políticos con los que los vencedores juzgan la conducta de los vencidos, por la criminalización del vencido que implica el pacifismo.

La guerra, con los debidos requisitos y límites, no sólo es lícita por derecho natural, sino un deber del gobernante cuando no es posible defender de otro modo a la comunidad nacional.

El Catecismo de la Iglesia Católica (núm. 2.308) reconoce la licitud de la guerra, «una vez agotados los medios de acuerdo pacífico», como «legítima defensa». Es indiscutible la conveniencia de que los conflictos internacionales sean resueltos mediante negociación, es decir, por concesiones recíprocas de ambas partes; pero la expectativa de paz negociada tiene siempre ciertos límites de espera, y conviene tener en cuenta que la dilación favorece siempre la situación actual (*status quo*), y, por tanto, al más fuerte, que suele ser también el agresor. De hecho, las negociaciones de paz no preceden la guerra, sino que la acompañan, valiéndose acaso de una transitoria suspensión pactada de las hostilidades (*t r e - g u a s*).

La guerra es siempre dual; cuando en ella interviene un nuevo beligerante, es siempre como aliado de uno de los dos originarios. Las intervenciones armadas neutrales con la pretensión de pacificar a dos beligerantes son, en realidad, acciones policiales ejercidas por potencias que pretenden asumir el gobierno mundial, y no presentan ventajas reales frente a las alianzas.

La guerra se llama «civil» cuando no es entre naciones sino entre grupos pertenecientes a una misma nación, muy frecuentemente por voluntad de independencia de una parte respecto a la anterior comunidad nacional; otras veces, la contradicción es de religiones o de ideologías políticas —con lo que «civil» y «político» aparecen jurídicamente identifica-

dos (§ 29)—. Puede suceder entonces que un beligerante carezca del dominio de un territorio, y se vea forzado a hacer una guerra irregular indiscriminada («guerra sucia»), que el defensor de la unidad nacional descalifica como terrorismo, y ante la que se abstiene de valerse del Ejército para vencerlo, como es propio de toda guerra.

Es claro que ese beligerante irregular no puede quedar sometido a la represión judicial, como si se tratara de delincuencia ordinaria; ni los «terroristas» capturados vivos pueden entrar en el régimen penitenciario, en vez del propiamente bélico de los «campos de concentración». El beligerante «terrorista», por su parte, tiene que recurrir a la retención de cautivos en escondrijos ocultos, así como, a falta de recursos económicos oficiales, tiene que acudir a «impuestos revolucionarios».

La negación del carácter bélico del «terrorismo» proviene de la descalificación pacifista de la guerra: del mismo modo que se tiende a criminalizar al vencido en una guerra regular, se criminaliza al que hace la «guerra sucia» por no poder hacerla de otro modo a causa de carecer del dominio de una parte del territorio.

La guerra regular no excluye la actividad irregular de «partisanos» («maquis»), incluso cuando parece haber aquélla terminado. Estos beligerantes irregulares, al no tener dominio de un territorio determinado, hacen una «guerra sucia» como los terroristas: no deben ser considerados como criminales, sino que siguen siendo enemigos.

119. Lo que, respecto a la guerra, se ha podido observar en la segunda mitad del siglo XX —desde el fin de la Guerra Mundial— es que el nuevo pacifismo no ha conseguido eliminar las guerras, pero que éstas no son ya entre naciones, es decir, entre Estados, sino guerras sucias internas, en forma de terrorismo —con

distintas modalidades—, de guerras de religión, como es la permanente del Islam, o de guerras tribales que la descolonización ha hecho incontrolables. Al no haber guerras regulares entre Estados, proliferan las guerras «sucias» dentro de ellos. Con este deterioro de la guerra es congruente la desaparición del Derecho de Guerra (§ 118).

La descolonización pudo ser recibida como un gran progreso, pero, respecto a la paz, su resultado ha sido negativo. En efecto, al quedar sustituido el dominio, apoyado en las armas, de pueblos civilizados, por otro de los intereses económicos anónimo e irresponsable, no se ha podido evitar que resurjan los viejos conflictos tribales, sin que nadie responda de la paz de las antiguas colonias, contra lo que ocurría antes de la descolonización.

Por otro lado, no ha dejado de observarse alguna tensión entre grandes potencias que cuentan con armas atómicas, pero esa guerra atómica no ha pasado de ser «fría», pues el riesgo del uso de las armas atómicas ha servido de disuasivo; en realidad, la tenencia de un arsenal atómico ha sido un medio de intimidación, y, por ello, de disuasión. Las grandes potencias pueden hacer también una guerra con el intento de apaciguar guerras sucias, defender intereses económicos, o de imponer un orden universal, incluso en nombre de la Humanidad entera (§ 118), pero no es una guerra regular, sino una intervención policial en gran escala, y, generalmente, sin un éxito decisorio; a veces, con violencia intimidatoria no muy distinta de la del terrorismo.

Así, pues, aparte esta guerra policial, las guerras de la actualidad o son «frías» y no llegan a arder, o son «sucias», en forma de terrorismo; no hay ya guerras entre ejércitos nacionales.

Esta desaparición de la guerra nacional muestra también la evidente crisis del Estado. Porque, en el Derecho de Guerra moderno, sólo los Estados estaban legitimados para hacer la guerra —sólo ellos eran *iusti hostes*—. Las guerras civiles tuvieron que acomodarse al modelo de las interestatales, fundándose en el hecho de que los beligerantes tenían el dominio de una parte del territorio, no sin la pretensión, a veces, de dividir definitivamente el territorio estatal para constituir nuevos Estados. Pero las guerras «sucias», sin delimitación de territorios, no pueden acomodarse ya al esquema de la guerra internacional, y no les son aplicables, lamentablemente, las reglas del olvidado Derecho de Guerra.

Puede ocurrir que un beligerante civil actúe como terrorista en el área urbana y como guerrillero en el campo. Se da entonces un tipo híbrido de guerra, que tampoco puede acomodarse, ni siquiera parcialmente al esquema de guerra civil, pues la acción bélica es indivisible. Una división de la acción bélica puede darse excepcionalmente cuando, teniendo un beligerante dos frentes territorialmente distintos, un tercero se declara aliado en uno de ellos pero hostil respecto al amigo del mismo aliado en el otro frente. Tal fue el caso de Franco respecto a los que resultaron vencedores: aliado de ellos frente al Eje, y aliado del Eje frente a Rusia, aliada de aquéllos, y casi principal vencedora. Esta división de alianzas por frentes es muy distinta de la doble acción bélica en la ciudad y en el campo, en la que la guerra es única y no discernible como en el caso de las alianzas contradictorias.

120. La segunda modalidad de legítima defensa social es la p e n a d e m u e r t e.

En realidad, la pena de muerte no es más que la forma más grave y excepcional de exclusión de la comunidad.

La idea de que el que es desleal a la comunidad a que pertenece pueda ser excluido de ella se presenta como algo natural: por la misma razón que el socio indeseable es apartado de una sociedad contractual, el miembro de una comunidad nacional que se convierte en «enemigo» de ella —por ejemplo, por traición en connivencia con un enemigo exterior—, puede ser excluido como «enemigo público».

Esta exclusión puede consistir en la expulsión del territorio nacional y pérdida de las preferencias jurídicas que tenía como miembro de ella, pero, en casos de extrema gravedad, por el peligro que supone el riesgo de regreso y reincidencia de un delincuente impenitente, pueden los jueces condenar a la exclusión por privación de la vida. Se trata, en estos casos, de reconocer a alguien como «enemigo público» que la comunidad excluye violentamente como a un beligerante enemigo, al que se mata en una acción militar.

En la Iglesia, donde no cabe la coacción de expulsión del territorio ni la pena de muerte, esta exclusión de la comunidad eclesial, con privación de las preferencias jurídicas de los fieles, se presenta como *excomunicación*. Es la máxima pena del derecho penal de la Iglesia; si parece ser hoy menos aplicada realmente, quizá sea por la misma razón que la doctrina de la Iglesia parece subrayar el carácter excepcional de la licitud de la pena de muerte en el derecho secular, según se dice en el Catecismo de la Iglesia Romana (núm. 2.266, con la reiteración de la cita de una encíclica pontificia en núm. 2.267, sin que por eso quede alterada la doctrina tradicional). Es interesante recordar que la pena «capital» romana consistía de hecho en el destierro preventivo (*exilium*), y que la privación de libertad no era propiamente una pena, sino una cautela para asegurar un juicio criminal en curso.

La pena de privación de libertad, en establecimientos penitenciarios, como forma de excluir temporal-

mente de la convivencia comunitaria, es hoy la más frecuente para delitos de cierta gravedad; pero no deja de presentar muchos inconvenientes, como el de no servir para la regeneración moral de los delincuentes, el de cargar el gasto público a costa de los ciudadanos inocentes y el de poder abreviarse en su duración, con disminución de su eficacia disuasoria.

La privación, temporal o definitiva, de ciertas preferencias jurídicas se utiliza hoy muy escasamente como pena para castigar los delitos, pero puede ser eficaz; incluso la de privación de la ciudadanía que sería otra modalidad de la exclusión de la comunidad.

La privación de nacionalidad, en la forma que actualmente se practica puede presentar un grado menor en la pérdida de la ciudadanía, es decir, de la participación en las actividades públicas de la comunidad.

Para la delincuencia más leve de faltas contra el orden público, la intervención judicial no hace más que sobrecargar el oficio jurisdiccional sin resultado efectivo, y parece más conveniente en esos casos la represión directa de la *P o l i c í a*, que es a la que compete en primer lugar la defensa del orden público, y colabora también con la jurisdicción para la represión de los delitos mayores.

La potestad a la que incumbe la justicia penal puede perdonar a los delincuentes, sea colectivamente (amnistía), sea singularmente a los ya condenados (indulto).

121. La igualdad propugnada por la *Ética democrática* (§ 115) ha dificultado la discriminación entre los delincuentes y sus víctimas, con el resultado de una clara tendencia a la debilitación del poder punitivo de los que gobiernan la comunidad, es decir, en

favor de la impunidad. Se considera más importante el daño de las víctimas que la injusticia de los delincuentes.

La violencia del delincuente se considera reprochable, pero también la violencia de la represión penal del delito: «la violencia, venga de donde venga» es proscrita. Pero, naturalmente, la única que se puede inhibir es la violencia social de la represión, pues la del delincuente es siempre un hecho consumado, que se considera inevitable y estadísticamente previsible.

La idea de «castigo» en defensa de la sociedad tiende a desaparecer de la mentalidad democrática, a la vez que se pierde la noción moral de «pecado», y por eso se niega el carácter vindicativo de las penas, como expresión éstas de la legítima defensa de la comunidad nacional. El derecho penal, en vez de centrarse en la idea de pena vindicativa, atiende al valor del «bien jurídicamente protegido», con lo que introduce el relativismo ético de los valores, entre los cuales no puede prescindirse de la integridad y «dignidad» del delincuente, considerándose esta «dignidad humana» como igual para el delincuente que para su víctima.

Un fundamento ético es especialmente necesario para el Derecho Penal, que es, todo él, expresión de la exigencia social de la conducta individual. Por esto, al deteriorarse la Ética de una comunidad, no puede menos de resentirse el régimen de la represión penal; hasta el extremo de que, si se niega toda Ética como base de la convivencia comunitaria, no tiene sentido una ley penal, y tampoco subsiste la comunidad como tal. Así se explica que, en la actualidad, la legislación penal, allí donde se ha deteriorado la Ética, sea tan inestable y tienda a favorecer la impunidad.

Al prescindirse del castigo de los delincuentes, sólo interesa remediar con una compensación económico el sufrimiento de las víctimas. Éste es el propósito de

la *Victimología*, que trata de sustituir al Derecho Penal.

La decadencia, en la sociedad secular, de la represión de los delitos ha influido en la nueva legislación canónica, que ha reducido notablemente su parte penal, y favorece la inaplicación estricta de las penas tradicionales, sobre todo, la máxima de la excomunión. No se trata ya de violencia física, imposible en las penas eclesiásticas, sino del mismo concepto de «vindicación» de los delitos contra la comunidad eclesial.

La delincuencia tiende así a diluirse dentro del área imprecisa de la «incorrección política» (§ 114), cuya sanción no consiste en un acto de fuerza represiva, sino en un cierto desprestigio social, y, a veces, con indiferencia de los medios de difusión.

Debe recordarse, sin embargo, que la relajación ética del régimen penal no afecta, por sí mismo, a todo el derecho, porque lo que es éticamente reprochable sigue siendo injusto aunque lo despenalice la ley penal (§ 61).

XL.—122. La sociabilidad esencial del hombre se da también entre los grupos humanos; éstos se van asociando en sus distintos niveles de la organización social para formar comunidades más amplias, pero el Estado, tal como se presenta en la doctrina política moderna, parece ocupar la culminación de ese desarrollo, como si los Estados no tuvieran ya que relativizarse para constituir comunidades supranacionales. Sin embargo, desde siempre, las naciones han contraído entre sí vínculos de sociedad más o menos estables.

La forma más elemental de sociedad entre distintos pueblos independientes ha sido la *alianza* mili-

tar. También el comercio impone ciertas relaciones entre pueblos que practican el intercambio de bienes, y, de modo parecido surgen relaciones societarias con otros fines, aunque no lleguen a constituirse verdaderas comunidades que trasciendan de las relaciones societarias más o menos estables.

Lo que, a lo largo de la historia y de distintos modos, ha superado el pluralismo nacional ha sido el Imperio. También aquí el modelo romano se contrapone al independentismo de las *poleis* griegas; el intento imperial de Alejandro Magno, de una magna fusión de pueblos heterogéneos, no le sobrevivió, pues sus sucesores recayeron en el pluralismo, aunque con territorios más extensos que los de las *poleis* tradicionales.

Frente a la unidad «católica» de la Iglesia, los Estados nacionales mantuvieron su pluralismo, con alternativas bélicas y pacíficas. Sin embargo, los ideales universalistas de la filosofía de la Ilustración pugnarón, desde el siglo XVIII, por una concepción comunitaria superior a ese pluralismo estatal; en cierto modo, como para sustituir la unidad universal de la Iglesia por otra laica y agnóstica.

Estos ideales universalistas laicos produjeron en el siglo XX ciertas organizaciones de comunidad Ética más estables y ambiciosas que las simples alianzas o asociaciones accidentales de otro tipo. Se fundaban en la Ética de un derecho internacional común, no reducido a la tradición del Derecho de Guerra, antes bien, con un fin de coactivo pacifismo. Tras otros ensayos, este empeño culminó, al finalizar la Guerra Mundial, con una «Organización de Naciones Unidas» (ONU.), que, con su «declaración de derechos humanos» (§ 11), quiso fijar las bases de una Ética universal, identificada con la Ética democrática.

Frente a la trilogía del pensamiento tradicional «paternidad, legitimidad, responsabilidad», la nueva Ética enarboló la contraria y en orden inverso de: «libertad, igualdad, fraternidad», acuñada en la Revolución Francesa, hace ya dos siglos.

Además de esta organización universal, fueron surgiendo otras igualmente supranacionales con distintos fines —militares, sanitarios, económicos, deportivos, etc.—, de modo que nos hallamos hoy en vías de una clara superación del pluralismo nacionalista. Sin embargo, excluida como imposible la idea de un Estado universal único, subsiste una tensión entre la tendencia integradora de grandes comunidades y las reservas de los Estados celosos de su independencia.

La utopía de un superestado único tendría, aparte las dificultades técnicas insuperables, el grave inconveniente de hacer totalmente imposible la libertad individual, que, en último término, requiere la posibilidad de cambiar de comunidad: el exilio.

En fin, la idea de soberanía nacional es difícil de mantener, dada la imposibilidad de una defensa militar estrictamente nacional y la de una autarquía económica. En esta situación actual, lo que sí parece seguir correspondiendo a los gobiernos nacionales es la decisión —por lo demás, no siempre muy libre— de incorporación en determinadas comunidades supranacionales.

La integración en comunidades supranacionales parece venir impuesta por la ubicación geográfica, pero no de una manera absoluta; no sólo porque los límites de grandes áreas geográficas no son siempre bien definidos, por ejemplo, los de Europa en su parte oriental, sino por resistencias particulares, como la de Suiza, por ahora, para integrarse en la Unión Europea, siendo Suiza, puede decirse, el centro de Europa.

La constitución de nacionalidades, conforme al principio de subsidiariedad (§ 104), presupone una responsabilidad suficiente, que falta muchas veces en pueblos que vivieron como «colonias» bajo la tutela de un Estado responsable; esto se olvida al pretender una «descolonización» indiscriminada.

123. La forma federativa (§ 100) sirve ya para agrupar comunidades menores, pero no siempre con la misma estabilidad.

Los Estados Unidos presentan el caso de mayor estabilidad, gracias a la homogeneidad de la población colonizadora inicial y desaparición de las tribus indígenas. Bajo el nombre de Rusia, en cambio, la unión de pueblos distintos, para formar la más extensa comunidad del mundo, sólo puede mantenerse por la coacción de un poder artificialmente fuerte, pues la tendencia disgregadora subsiste siempre activa o latente. La Unión Europea, por su parte, se funda en la magnitud económica de los pueblos que va abarcando, pero carece de una auténtica fuerza política, a causa de la ineliminable singularidad histórica de cada uno de los Estados que pretende superar.

La Unión Europea interesa especialmente en la presente exposición, no sólo por ser la que afecta a España, sino por presentar mayor dificultad de ajuste entre la deseada comunidad supranacional y las de las naciones singulares. Partiendo de precedentes uniones de carácter económico, la actual tendencia es de tipo federal, lo que supondría, si se consumara esta tendencia, la concentración de la soberanía en un gobierno europeo de tipo democrático. Este resultado federativo supondría la existencia de un derecho público común, no sólo político, sino también constitucional y administrativo, sin perjuicio de cierta autonomía de los antiguos Estados convertidos en regiones (§ 111).

La unión política tiene un carácter eminentemente práctico y sus dificultades son siempre superables. La unificación administrativa también presenta dificultades técnicas superables. La mayor dificultad está en la unidad constitucional. Porque no siendo la constitución una mera ley, sino una decisión nacional irrevocable (§ 112), parece imposible que las distintas constituciones nacionales de los Estados miembros, de arraigo histórico, sean sustituidas por una constitución única sin arraigo histórico alguno. Por ejemplo, las constituciones monárquicas tendrían que desaparecer al constituirse una única constitución no-monárquica.

Ya en la actual fase de formación de la Unión Europea no puede negarse el cambio fundamental en el derecho público nacional, que debe articularse, no como primario, sino como complementario del orden político europeo. Así, la legislación nacional debe acomodarse a la común europea, lo que es congruente con el establecimiento de un orden económico unitario.

124. La unificación del derecho público europeo no puede menos de afectar algo al derecho privado, pero la tendencia unificadora del derecho privado se plantea, no sólo en función de la unidad europea, sino también de las conveniencias del comercio universal.

Como más fundado en la naturaleza humana y en la naturaleza de las cosas, el derecho privado podría parecer más universal y, por ello, más fácilmente unificable; sin embargo, no sucede así, precisamente porque depende en buena parte de tradiciones muy arraigadas que no sería «natural» anular.

De hecho, en algún momento, Europa ha tenido un *ius commune*, pero éste era sobre todo doctrinal y no impedía la formación de derechos consuetudinarios singulares, de regiones, incluso ciudades. El *common law* inglés no era el de Europa continental, y resulta hoy difícilmente asimilable con la tradición civilística euro-

pea; antes bien, en los actuales proyectos de unificación, parece extenderse a costa de ésta.

Así, hay parcelas en que la unificación universal parece imprescindible por la práctica internacional de los negocios; otras, al depender de la unidad económica europea, pueden unificarse a ese nivel; otras reflejan modos nacionales de vivir el derecho que no es necesario unificar; en fin, hay parcelas vinculadas a la realidad del derecho familiar propio de un territorio regional, que sería antinatural eliminar. Así, parece razonable que se distingan distintas parcelas del derecho privado, y que no se pretenda una unificación indiscriminada. Es uno de esos casos en los que una posible mayor perfección técnica no debe perturbar la correcta aplicación del principio de subsidiariedad (§ 104).

125. Esta forma de organización plurinacional da lugar a los grandes espacios; la misma Unión Europea sería uno de ellos. Pero, al no tratarse de un único superestado universal, no puede excluirse la posibilidad de conflictos entre grandes espacios.

No son propiamente «grandes espacios» las organizaciones funcionales (no territoriales) con las que pueden los gobiernos nacionales o los grandes espacios concertar convenios. Del todo singular es la posición que, como comunidad universal, ocupa la Iglesia, con la que se pueden concertar «concordatos» (§ 30).

La idea de un superestado universal podría corresponder a un deseo de paz segura; esta expectativa es falsa. Las tensiones entre naciones son inevitables, como también las de los grupos inferior-

res, incluso de los mismos vecinos; pero estos conflictos entre los grupos infranacionales pueden quedar suficientemente controlados por los recursos de coacción de cada comunidad nacional, que disponga de la suficiente fuerza física, es decir, armada, para imponer la paz entre los grupos que en ella se integran. A su vez, los conflictos entre naciones del mismo gran espacio pueden ser controlados si el gobierno del gran espacio dispone de los medios coactivos necesarios; pero los conflictos que pueden surgir entre los grandes espacios no pueden ser dominados por ninguna instancia de comunidad superior, pues no existe.

El control coactivo del orden social se va haciendo más difícil en la medida en que aumenta la magnitud de una comunidad, sobre todo, la de su territorio. Cuando aumenta esta magnitud, con el consiguiente aumento de las distancias, lo que sería, por su naturaleza, un control policial, es decir, de orden interno, tiende a adoptar la táctica militar de una guerra; este carácter tendría inevitablemente el control policial de un superestado sobre los posibles conflictos entre las naciones integradas en él.

Los conflictos entre grandes espacios pueden surgir en razón del que tiene una de las naciones —incluso grupos menores— pertenecientes a un gran espacio con la nación de otro, ya que, en cierto modo, el gobierno del gran espacio es como un aliado de la nación integrada en él. Pero es poco probable que tal gobierno se decida a hacer la guerra contra el de otro gran espacio en defensa de aquella nación en conflicto con otra de otro gran espacio. No es concebible que las fuerzas armadas de un gran espacio hagan tal guerra con armas convencionales, y menos aún que se decidan a utilizar sus reservas de armas atómicas por un conflicto en cierto modo menor.

En este sentido, cabe pensar que la constitución de grandes espacios, no sólo puede evitar la guerra entre las naciones que se integran en él, sino abstenerse de hacer la guerra más grave contra otro gran espacio.

126. Toda comunidad cuenta con unos principios éticos propios, en los que se funda, no sólo su derecho (§ 52), sino toda su existencia como comunidad en la historia; en especial es esto necesario en la comunidad nacional, que, al tener mayores proporciones que las otras menores, necesita, para su unidad y para su ordenamiento jurídico y social, un sólido fundamento ético. Por su parte, el gran espacio, al componerse de naciones que pueden tener distintas éticas, se acerca más al régimen societario, que, por serlo, es más accidental; es más, no hay que excluir la posibilidad de que una misma nación se incorpore especialmente a distintos grandes espacios en razón de una determinada funcionalidad, sin referencia a una Ética común. También es posible que la incorporación a un gran espacio sea parcial.

Del mismo modo que cabe, por ejemplo, que un gobierno nacional decida no incorporarse a la moneda única de la comunidad a que pertenece; así también puede excluir su adhesión a las directrices educacionales de aquélla. Incluso es posible que una nación miembro de la comunidad se comprometa con alianzas militares distintas.

Así, pues, la Ética de un gran espacio puede reducirse a unas pocas reglas de conducta, sin pretender una más amplia comunidad ética.

La Ética de los Estados Unidos, que son ya un gran espacio, tiene, a pesar de la homogeneidad de los colonizadores que los constituyeron, un carácter de mínimo convencional, legal y estrictamente observado, y, por lo demás, no sin cierto vago sentimiento religioso de tradición colonial.

Es evidente, sin embargo, que puede haber grandes espacios con una comunidad más plena por tener conciencia de un fundamento ético total. Esto sucede cuando esa Ética común es confesional.

La confesionalidad de la Ética común no implica —como tampoco sucede en la comunidad nacional— la confesionalidad de la organización del gran espacio en el sentido de que los extraños a la religión en que tal Ética se funda sean considerados extraños. No se trata de coacción religiosa, sino del reconocimiento de la Ética propia de aquella religión incluso por los que no participan en ésta.

La Ética común europea fue en otro tiempo la propia del Cristianismo; se fue secularizando hasta desvanecerse, y actualmente se ve sustituida por una Ética democrática, reconocida también en otros grandes espacios. Las naciones islámicas, en cambio, conservan su Ética religiosa, aunque la consistencia de ella dentro de un posible gran espacio se ve dificultada por el esfuerzo político de sus adversarios, que fomentan que no se consuma la formación de un gran espacio islámico.

El futuro desarrollo de los grandes espacios, así como del factor religioso que en su formación puede ser decisivo, constituye uno de los enigmas de la organización social de nuestro tiempo.

ÍNDICE TÓPICO (Números de los §§)

A

- abogados: 60.
- aborto procurado, *vid.* feticidio.
- abrogación, *vid.* derogación.
- abuso, del derecho: 12, 52;
— de la personalidad jurídica: 82.
- accidentalía negotii*: 72.
- acción, y «actor»: 22; — y
proceso: 32; — como acto
jurídico: 65; — popular: 4,
22, 77.
- acto jurídico: 64; «concluyente»: 69; *inter vivos*: 70;
— *mortis causa*: 65, 70;
— de emulación: 52; — lucrativo, *vid.* donación; clases de —: 65; *vid.* personales, reales.
- acuñación de moneda: 95;
vid. dinero.
- Administración, del Estado:
63; «— de Justicia»: 31; conflictos privados con la —:
4; *vid.* contencioso.
- adopción de hijos: 68.
- adulterio: 67.
- aequitas*: 57.
- afinidad, parentesco de —:
29, 68.
- agere y facere*: 65.
- agua, cosa «común»: 92; propiedad del —: 97.
- ahorro: 75.
- «aitía» y «causa»: 19.
- aleatorio, contrato —: 79.
- Alejandro Magno, su intento imperial: 123.
- alianza, militar: 122; — «del Trono y el Altar»: 113.
- alineación popular: 115.

- alimentos, deber de —: 107;
donación de —: 62.
- América, distinto trato de
indígenas y negros: 13; *vid.*
Estados Unidos.
- amnistía: 120.
- analogía: 44, 57.
- anarquía, y democracia: 113.
- animales, son «cosas»: 11;
— de tiro y carga: 66; con-
servación de —: 18.
- antitradicionalismo de la de-
mocracia: 115.
- anulabilidad de actos jurídi-
cos: 70.
- apariencia, y posesión: 74.
- apelación de sentencias: 56.
- aprovechamiento de las cosas:
3, 16, 90.
- arbitraje: 24.
- arbitrario, derecho —: 48.
- aristocracia: 113.
- Aristóteles, niega que el hom-
bre esté destinado a «pro-
ducir»: 84; *vid.* capitalismo.
- armas, coacción por las ar-
mas: 117; — atómicas, su
fin disuasivo: 119; *vid.*
Ejército.
- ars ignorandi*, virtud del histo-
riador, pero no del jurista:
33; «sólo sé que nada sé»,
principio metódico inútil
para el jurista: 34.
- arquetipos contractuales: 80.
- «artículo», división de textos
jurídicos: 43.
- arrendamiento, con eventual
venta: 89; — con término:
72; *vid.* locación.
- ascendente, estructura — de
la sociedad civil: 103.
- asociación, y comunidad: 104;
sin territorio; *vid.* sociedad.
- autarquía económica: 122.
- auténtica, interpretación —:
56.
- autonomía de la voluntad: 47,
76.
- autocráticos, regímenes polí-
ticos — del siglo XX: 114.
- autoridad, y prudencia: 54;
— del juez: 22, 63; control
del poder por la —: 23.

B

- bandera: 101.
- Bártolo de Sassoferrato: 29.
- Bautismo, el —; convierte al
hombre en persona para la
Iglesia: 5.
- beneficio: 44.
- bien común: 53.
- «bien jurídicamente protegi-
do», falacia del —: 117,
121.
- bienes patrimoniales: 3; — co-
munales: 110; — eclesiásti-
cos: 110; — raíces: 94;
— valores: 97.
- bilateralidad, del contrato:
79; — de la guerra: 118.

blasfemia, ilícita aunque se despenalice: 61.

bonus vir: 59.

«blood is thicker than water»: 105.

bondad natural del hombre, mito de la —: 103.

Borbones, introductores del «Estado» en España: 100.

buena fe: 59; se presume en la posesión: 26.

C

cadena de textos: 4.

caducidad de acciones: 55, 74.

cambio convencional de la naturaleza de las cosas: 16.

«Campus» universitario: 110.

«canon»: 5, 49; *vid.* derecho canónico.

capacidad de las personas: 6, 66, s.

capital, pena —: 120.

capitalismo, etimología de —: 89; — y abuso de la personalidad jurídica: 81; — y Crematística: 17; — y dinero: 82 s.; — y usura: 86.

«capítulo», división de textos jurídicos: 43.

case law: 40.

caso fortuito: 20.

Casta Susana, juicio sobre la —: 25.

castigo, la pena como —: 121. casuística y prudencia: 54.

Catecismo de la Iglesia Católica, 1880 (familia): 105; 2309 (guerra): 118; 2267 (pena de muerte): 120; 2269 (usura): 86; — de San Pío X, 407 (familia): 105.

causa, en derecho: 19, 65; — de adquisición patrimonial: 85; — de las obligaciones: 78; — y buena fe: 59; — y contraprestación: 79; — y fin: 19; — remota: 20; causas laborales: 20, 84.

causalidad: 19.

caza: 20, 69, 75.

ceguera, como causa de incapacidad: 67.

certeza, del derecho: 55; — del término: 72.

ciencias, división de las —: 2.

ciudadanía y nacionalidad: 120.

ciudades: 110; «civitas»: 29.

civil, y político: 118; *vid.* derecho civil.

clases sociales por la propiedad del suelo: 73.

coacción: 70.

«código»: 42, 49; — y «volumen»: 42; — civil, art. 337, su acierto: 91; — de derecho canónico, canon 57 (presunción), 1083 (edad núbil): 108; 1095.2 (inmadurez matrimonial): 108;

- de Justiniano: 42; — de Teodosio II: 42; — genético: 66; codificación moderna: 66.
- comarcas: 110.
- comisiones parlamentarias, su competencia para juzgar sobre corrupción política: 63.
- comodato, préstamo: 86.
- compensación de deudas: 78.
- «compilaciones» jurídicas: 41.
- compraventa, contrato: 31, 79, 82; — a prueba: 87.
- comunidad y sociedad: 104.
- conciencia: 14; objetores de —: 51.
- Conciliarismo: 113.
- Concordato: 30, 125.
- condición: 72; intolerable en el matrimonio: 105.
- condominio: 81.
- confesionalidad, del Estado; *vid.* Ética.
- consentimiento, paterno en el matrimonio: 108; *vid.* convenio.
- conservación de los animales: 18.
- conservador, carácter —; del derecho privado: 29.
- constitución: 111 s.; constitucionalidad de la ley: 56.
- constitutivo, documento: 25.
- consumación del matrimonio: 105.
- consumición de las cosas: 73, 90; *vid.* cosas consumibles.
- contencioso-administrativo, juicio: 27, 63.
- «contestar» y «responder»: 20.
- contribución territorial: 93.
- contrato: 78; arquetipos de —: 80; — aleatorio: 79; — integrado en otro: 88; — mixto: 88; — oneroso y gratuito: 79; — de seguro: 79; — de trabajo: 83; — «real»: 87.
- convalidación de los actos jurídicos: 70.
- convenio, y contrato: 79; — colectivo: 83.
- corporales, castigos —: 26; cosas —: 97.
- corpus, fictum et repraesentatum*: 8; *Iuris Civilis*: 29.
- corretaje matrimonial: 89.
- corrupción política: 63, 85, 116.
- cosas: 3; — y causa: 19; — consumibles o no: 90; fungibles o no: 85, 91; «cosa juzgada»: 74.
- costumbre, *vid.* derecho consuetudinario.
- crédito: 82, 86, 95.
- Crematística y capitalismo: 17.
- crimen: 61; juicios criminales: 26; criminalización del enemigo: 118.

crisis, de las formas de gobierno: 114; — de la aristocracia: 114; *vid.* Estado, guerra.

Cristo Rey, y delegación de la potestad: 103.

«culpa»: 60.

cuota de propiedad: 81.

CH

«cheptel de fer», contrato usurario: 89.

D

«dar»: 75; — y «hacer»: 77.

deber exigible: 12, *vid.* servicio.

Decálogo, fuente del derecho natural: 14, 74.

declaraciones jurídicas: 69; — — exigidas por la Administración: 60.

defensa, nacional: 122, *vid.* Ejército; — de la constitución: 112; — de la naturaleza: 77; «defensores»: 60.

delación: 22.

delito: 61; delincuentes reclusos: 66; *vid.* crimen.

demanda, y denuncia: 22.

demoracia: 113; — y representación: 115; — y tiranicidio: 117; — favorece la

impugnación penal: 121; — como ideología: 114.

demos y populus: 37.

denuncia, y acción popular: 22.

depósito, y hurto: 85.

derecho; definición del —: 62; — y *ius*: 1; su carácter histórico: 48; — propiamente dicho: 63 ss.; — administrativo: 27, 29, 99; — bancario: 86; — canónico: 5, 30, *vid.* Iglesia; — civil: 27, 29, 64; — comparado: 36; — constitucional: 31, 99, *vid.* constitución; — consuetudinario: 38; — del consumo: 29; — disciplinar: 62 s.; — dispositivo: 47; — divino positivo: 14, *vid.* — natural; — eclesiástico: 30; — europeo: 32; — fiscal: 32, 104; — de gentes, y — natural: 13; — de guerra: 117, 119; — imperativo: 47; — internacional, privado: 29, y público: 32; — laboral: 29, 84, *vid.* trabajo; — legislado, *vid.* ley; — mercantil: 29; militar: 63, *vid.* Ejército, guerra; — natural: 13, 60; y Filosofía del derecho: 34; y legitimidad: 34; y matrimonio: 105; «— de Pandectas»: 42; — penal: 27, 99, 120 s.; — político:

- 32, 99; — positivo: 13, 38;
— privado: 63 ss.; no afectado por la despenalización del ilícito civil: 61; — procesal: 31, 64, 99; — público: 27, 29, 31; — Romano, en el estudio universitario: 29; — singular: 44; vigente: 13; — de los animales, falacia de ellos: 11; — de autor y de invención: 97; — de Dios, expresión impropia: 12; — humanos: 11; — personales y reales: 12, 52; — subjetivos: 10.
- derogación de la ley: 45.
- descolonización, sus efectos negativos: 119; — y constitución de nuevos Estados: 122.
- desigualdad de las personas: 67; *vid.* capacidad, responsabilidad.
- deslealtad: 60.
- despenalización del ilícito civil: 61, 121.
- descriminalización de los deudores: 85, *vid.* despenalización.
- descubrimiento de nuevos espacios: 98.
- desuso del derecho: 13.
- deudas, *vid.* obligaciones.
- diacronía: 33.
- dialéctica judicial: 60.
- dictadura: 114.
- dictámenes de letrados, y peritaje: 25.
- dies incertus*: 72.
- Digesto: 29.
- «dignidad humana» del delincuente: 120.
- dilaciones judiciales: 55.
- dinero: 95, 102; — creado por los bancos: 91; — rentable: 95; — y suelo: 91; *vid.* solvencia.
- directum y ius*: 1.
- disciplina, militar, *vid.* Ejército; — universitaria: 63; *vid.* derecho disciplinar.
- discrecionalidad jurídica: 48; — en la Iglesia: 57.
- distribución racional del espacio: 98.
- división, de beligerancia: 119; — de las ciencias; — de poderes: 23.
- divorcio: 36, 105; referéndum italiano sobre —: 37.
- doctrina jurídica, como fuente primaria del derecho: 40; «doctrina legal»: 40 s.
- documento, prueba judicial: 25.
- dolo: 60; *dolus malus*: 60.
- dominio: 22; — eminente: 73; — del mundo por instancias económicas permanentes: 115; *vid.* propiedad.
- donación: 20, 65, 79; — y herencia: 75; *reservato usufructu*: 73.
- dualidad, *vid.* bilateralidad.

E

- Ecología: 18.
 Economía: 2, 17, 32, 53, 82.
 edad, incapacidad por menor edad: 66 s.
 educación de los hijos: 108.
 ejemplaridad de la nobleza, en decadencia: 114.
 Ejército: 101 s.; — defensor del pueblo y de su constitución: 118; *vid.* guerra.
 elementos del acto jurídico: 72.
 embargo de bienes: 22.
 empresas: 17, 83, 96, *vid.* capitalismo.
 enemigo público: 117, 120.
 enfermedad mental, incapacidad por —: 66.
 enriquecimiento injusto, y préstamos: 85.
 epiqueya: 57.
 equidad: 57.
erga omnes, preferencias —: 73.
 error: 70; se preume en el pago indebido: 26.
 escala de los grupos humanos: 122.
 esclavitud: 66, 83; — laboral: 84.
 espacio: 92; — aéreo: 98; *vid.* mar, suelo.
 España: 40; *vid.* fuero.
 «especie» y «género»: 16, 91; especial, derecho civil —: 29.
 esponsales: 105.
 estabilidad de los criterios jurídicos: 55; *vid.* Estado.
 Estado: 99 ss.; definición del —: 101; su origen histórico: 103; su apropiación del agua común: 93; contrario a los patrimonios comunales: 110; — y Administración de Justicia: 22; *vid.* Administración; «— de las autonomías»: 101; «— del bienestar»: 114; «— de derecho», falacia del: 22 s., 31, 62, 117; — de necesidad: 18, 117; — federal: 101; — sin territorio: 102; Estados Unidos de América: 123, 126.
 estipulaciones: 87; — penales: 87; *vid.* usura.
 estirpes, parentesco por —: 68.
 establecimientos penitenciarios: 120.
 Estrategia: 104; — y dominio del espacio: 98.
 estructuralismo y derecho: 34.
 Ética, y derecho: 12, 15, 50, 52; — y moral: 15, 52 s.; — del Estado: 101; — universal: 122; confesionalidad de la —: 126; — y democracia: 121; — y grandes espacios: 126.
etymos nomos de las instituciones jurídicas: 35.

Europa, no es un continente: 122; *vid.* Unión Europea.
 Evangelio, fuente del derecho natural: 14.
 excepciones, legales: 45;
 «— de orden público»: 52;
 aparentes — de la ley natural: 15.
 exceso de juridicidad: 23.
 exclusión de la comunidad: 120.
 excomunión, pena eclesiástica: 120.
 exposiciones de motivos y racionalidad de la ley: 46.
 «experiencia» científica: 2.
 expropiación forzosa: 73, 93, 105.
 extinción de las obligaciones: 78.
 extranjeros: 66.

F

facere vid. agere; facta vid. verba.
 facultades universitarias: 32.
 falacia, del «bien jurídicamente protegido»: 117, 121; — de los derechos humanos: 11; — de los derechos de los animales: 11; — del «Estado de derecho», *vid.* Estado; — de la división de poderes: 23; — del inversionista conver-

tido en socio de la empresa: 96.
 familia, fundamento de la sociedad civil: 105; — no de la Iglesia: 113; estratos de la —: 68; — no necesita personalidad jurídica: 109; — arruinada por la democracia: 113 115.
 «fazañas»: 40.
 fechas, importancia para la Historia: 33.
 federación, de naciones: 123; — de los Estados Unidos: 123.
 feticidio: 105.
 fianza: 77, 87.
 ficción jurídica: 26.
fides: 59; fidelidad: 59.
 Filosofía del Derecho: 34.
 financiación, de partidos políticos: 116.
 fiscal, ministerio —: 4, 22; *vid.* derecho fiscal.
 fluido eléctrico: 97.
foenus: 86.
 fondo submarino: 98.
 «forense»: 1; *vid.* fuero.
 forma, jurídica: 55; — en los actos reales: 73; — de gobierno: 113.
 «fraude»: 60.
 fronteras: 101.
 frutos: 34; — naturales y civiles: 94 s.
 «fuentes» del derecho: 38.
 fuero, derecho foral: 39; — de Navarra, ley 44 sobre gru-

pos sin personalidad jurídica: 81; — y Código civil: 42; foralidad y subsidiariedad: 104.

fuerza mayor: 20.

fundaciones: 8.

fundus: 94.

fur: 74.

fuerzas armadas: 99, 101, *vid.* Ejército.

fungibilidad, *vid.* cosas fungibles.

G

genealogías en la Biblia: 33.

géneros y especies: 16, 91, *vid.* cosas fungibles.

gens: 105.

Geodieirética y Geopolítica: 2, 104.

Geonomía: 2.

grados de parentesco: 68.

gran familia: 105, 109.

grandes espacios: 103 s., 125.

Grecia, formas de gobierno en —: 113; términos jurídicos griegos: 79.

gobierno, derecho relativo al —: 31.

guerra: 118 s.; — civil: 29, 118; «— fría»: 119; — policial supranacional: 119, 125; — de religión: 100; «— sucia»: 119, *vid.* terrorismo; — tribal: 119; guerrilla: 119.

grupos supranacionales: 122, *vid.* grandes espacios.

H

hacer y dar: 77.

«Haftung» y «Schuld»: 76.

hechos, jurídicos: 25, 64; — sociales, objeto de las ciencias sociales: 59.

hedonismo democrático: 114.

herencia: 31, 75.

hermenéutica y derecho: 2.

heteróclisis, en la historia jurídica: 36.

heterosexualidad, esencial del matrimonio: 105.

hijo, *vid.* familia; — político: 29.

Historia del Derecho: 33.

hogar familiar: 108 s.

homo homini, *persona*: 5; — *lupus*: 103.

hospes y *hostis*: 101.

hostilidad, *vid.* Estado, guerra.

huelga: 83.

Humanidades y derecho: 2.

hurto: 85, 97, *vid.* «no hurtarás».

I

Iglesia, derecho de la —: 8, 30; se compone de indivi-

- duos: 113; crisis conciliarista: 113; excomunión en la —: 120; *potestas* en la —: 22; su régimen jerárquico: 62 s.; — y Estado: 103; — y patria potestad: 108; *vid.* Bautismo.
 ignorancia, del derecho: 50; *vid. ars ignorandi*.
 igualdad de las personas: 67; — ideal de la democracia: 114.
 ilegitimidad, *vid.* familia, legitimidad.
 ilicitud: 61; *vid.* lealtad.
 imperativos legales: 47.
 «imperio»: 122; — y federación: 101 impuestos: 75; — revolucionarios: 118.
 incapacidad de las personas: 66 ss.
 incesto: 105.
 incorporeales, cosas —: 97.
 indecencia moral, y abuso de las cosas: 18.
 indisolubilidad del matrimonio: 14, 105.
 indivisibilidad, del poder: 23; — de las obligaciones: 77.
 indulto: 120.
 inflación legislativa: 46.
 informática, — y derecho: 41.
 inhabilitación: 6, 67, 70.
iniuria: 1.
 inmuebles: 16, 94; *vid.* suelo.
 inoponibilidad: 70.
in solidum: 73.
 insolvencia: 85.
 intercambio comercial: 122.
 «institución»: 33, *vid. etymos nomos*.
 interés, privado y público: 53; — de la obligación: 79; *interesse*: 3; — (es) usurarios: 86.
 interpretación: 56; — de las leyes fundamentales: 112; — y derecho natural: 14.
 intimidación, vicio de la voluntad: 70.
 intimidación personal, delito contra la —: 28.
inter vivos, *vid.* actos *inter vivos*.
instrumentum fundi: 94.
 inversión rentable, clave del capitalismo: 95.
 investigación» en derecho: 33; *vid.* paternidad.
ipso iure: 55.
 irretroactividad: 48.
 isla nacida en el mar, y nuevas tierras: 98.

J

- jerárquica, ordenación — de la Iglesia: 103; «jerarquía de valores»: 53.
 judicación y jurisdicción: 22.
 judíos, y usura: 85 s.
 juez, destinatario del imperativo legal: 47; protagonista del proceso: 22.

juicio, — contra la Administración: 27; — penal: 27, 60; — privado: 27; — de Salomón: 26; *vid.* dialéctica, proceso.
 jurídico: 1; exceso de juridificación: 62.
 jurisdicción: 22, 62.
 jurisprudencia: 54.
ius: 1; *seminis* y — *solis*: 94;
iura novit curia: 38; *iure et de iure* y *iuris tantum*, presunciones: 26; *iustum*: 1;
iusti hostes: 119.
 justicia: 53 s.; — estatal: 101;
 — retributiva: 60; *iustitium*: 53.

L

«la bolsa o la vida»: 117.
 labor, *vid.* derecho laboral, trabajo.
 lagunas de la ley: 57.
 «Landnahme»: 95.
 Latín, discriminación social por su conocimiento: 114.
latro: 74.
 «laudo»: 24.
 lealtad: 59.
 «leasing»: 89.
 legalidad: 59.
 legislación, ciencia política: 99; prudencia del legislador: 38; — y democracia: 37.

legítima defensa: 117; *vid.* guerra, pena de muerte, tiranicidio.
 legitimidad: 13, 59; — familiar, origen de toda —: 107; — irrelevante en la Iglesia: 105.
 ley, etimología: 37; — y actos de gobierno similares: 46; carácter general de la —: 40; deterioro de su rango: 46; — didascálica: 46; — fundamental no-constitucional: 112; *fundamentalis*, imposible en la Iglesia: 112; — injusta: 51; — mere-penal: 51; — natural: 15, *vid.* derecho natural; — ornamental: 46; — perfecta e imperfecta: 61; — privada: 59; «— de Partidas»: 42.
 liberalidad, acto de —: 20.
 libertad, presupuesto de la responsabilidad: 20, 69; «— de cátedra»: 32; «— civil»: 47; — religiosa: 30; «libertad, igualdad, fraternidad»: 122; *vid.* derechos humanos.
 libros, objeto del estudio jurídico: 2; — de autoridad: 38, 41; «— de texto»: 32; divisiones en los —: 43.
 limitaciones de la propiedad: 76.
 limosna: 62, 65.
 líneas del parentesco: 68.

liquidez patrimonial: 3.
«literario», carácter — del
derecho: 2.
litigio: 27, 74.
locación-conducción: 82; — de
servicios: 83.
«lock out»: 83.
lucha por el derecho: 12.

M

macroscopia, y microscopia
en historia: 33.
madurez para el matrimonio:
108.
mancomunidad en la propie-
dad: 81.
mandato, arquetipo contrac-
tual: 80; contrato de —: 79;
— imperativo: 7.
manifestación de voluntad: 69.
«maquis»: 118.
mar: 98.
maternidad, certeza de la —:
67.
matrimonio: 3, 28, 31, 69,
105; promesa de futuro —:
79.
mecanización del trabajo: 96.
melior pars pro toto: 8.
menores, corrección de —:
62; *vid.* capacidad.
mentira: 60.
mercancía, el trabajo como —:
83.
metahistoria jurídica: 35.

militares, juicios: 23; *vid.* Ejér-
cito, guerra.
modos de adquirir la propie-
dad: 75.
monarquía: 107, 113.
moneda, y compraventa: 82;
vid. dinero.
monogamia: 105.
mora: 77.
moral: 15, 28, 51 ss.
mortis causa, *vid.* actos —.
muebles, bienes: 16, '94; mo-
biliario: 94.
muerte, presunción de —: 26.
municipios, bienes de los —:
110.
mutuum, préstamo: 85.

N

nación: 100; naturalidad de
la —: 103; — y Estado:
101; — y región: 104.
nacionalidad, privación de
la —: 120.
naturaleza, orden racional de
la —: 13; — de las cosas:
16, 34; *vid.* derecho natu-
ral.
Navarra, derecho foral de —:
36, 39, 41, 110.
«no hurtarás»: 14, 74.
nobilis: 114.
nombre, que recibe la perso-
na: 5.
*non est iurista qui non est Bar-
tolista*: 29.

norma, y regla: 49; «— de normas», la constitución: 112.
 notariales, documentos: 25.
 novación de las obligaciones: 78.
 nulidad de los actos jurídicos: 70.
numerus clausus de las servidumbres: 76.

O

objeción de conciencia: 51.
 objetividad, fin de la ciencia: 60.
 objeto: 9; — del derecho: 2.
 obligaciones: 76 ss.; — *ex lege*: 78.
 obligatoriedad moral, respecto a la ley: 50 s.
 oligocracia: 113.
ope exceptionis, efectos jurídicos —: 55.
 organización, social: 99 ss.; «— de las Naciones Unidas»: 122.
 «orden público»: 52; *vid.* Policía.

P

paccionado, carácter — del fuero: 39.
 pacifismo: 118 s.

«pago» de deudas: 77.
 Pandectas, Derecho de —: 29.
 parentesco: 68.
 paro laboral: 83, 96, 108.
 partidos políticos: 116.
 «partisanos»: 118.
 paternidad, presunción de —: 26, 67; oposición de la democracia: 115; «paternidad, legitimidad, responsabilidad»: 122.
 «Patria»: 101.
 patria potestad: 108; inhabilitación para su ejercicio: 6; *vid.* Iglesia.
patrimonium: 3; — familiar: 109; — patrimonialidad del derecho: 3.
 paz, universal: 125; *vid.* guerra.
 pecado, original: 103; pérdida de la noción de —: 121.
pecus y pecunia: 95.
 pena, y ley: 31; — de muerte: 117, 120; estipulación penal: 87.
 perdón de deudas: 15.
 peritos: 25.
 permuta, arquetipo contractual: 80, 82.
 personas: 5; «—, cosas, acciones»: 64; — jurídicas o morales: 8, 81, 104; grupos sin personalidad jurídica: 81; la familia no requiere

- personalidad jurídica: 109;
vid. empresas.
- pesca, *vid. caza.*
- planes de estudio: 28 s.
- plebiscito: 37.
- pluralismo nacional: 122.
- plurilateral, contrato —: 81.
- poder «constituido»: 112;
 — excepcional por plebis-
 cito: 37.
- polemicidad del Estado: 101.
- Policía, defensor del orden
 público: 120.
- poligamia: 105; rechazada en
 España: 52.
- polis*: 29, 122.
- político: 99; — y «civil»: 29,
 118; política y Estado: 100;
 inconveniencia de su con-
 trol jurídico: 23; «political
 correctness»: 114.
- populus, vid. demos.*
- polución del ambiente: 18;
vid. Ecología.
- posesión: 74; — y seguridad
 jurídica: 55; — y presun-
 ción de buena fe: 59.
- «posición justa»: 28.
- potestad, y autoridad: 22; — y
 constitución: 112; — en la
 familia: 109; *potestas regi-
 minis*: 22.
- precario: 86.
- «precepto»: 2.
- precio y renta: 95.
- preconstituida, prueba —: 25.
- precontrato: 79.
- preferencias jurídicas, en
 lugar de derechos subjeti-
 vos: 64; — personales y
 reales: 76; — reales de ga-
 rantía: 76; — sobre espa-
 cios no-terrestres: 98; — de
 los hijos de anterior matri-
 monio: 107.
- «pregunta» y «respuesta»: 20.
- prescripción: 55, 74; *vid. ca-
 ducidad préstamos*: 77, 79,
 85; — de uso de muebles al
 inquilino: 88; — del inver-
 sionista: 76; — y hurto: 85.
- presunciones, judiciales: 26, 74;
 — de inocencia: 26; — de
 muerte: 6; presunto» reo:
 26.
- princeps*: 113.
- principios de prueba judicial:
 25.
- prisión: 22; — por deudas: 85.
- privación de libertad o prefe-
 rencias jurídicas, como
 pena: 120.
- privado, *vid. derecho* —.
- privatización de intereses pú-
 blicos: 4.
- privilegios: 44.
- proceso y procesal: 22; proce-
 dimiento: 22; *vid. derecho
 procesal.*
- procuradores: 60.
- producir, el hombre no está
 destinado a —: 17.
- proindiviso*: 81.
- promesa unilateral: 79; *vid.
 estipulaciones.*

propiedad, del suelo: 66, 93;
— impropia sobre bienes fungibles: 66.
proporcionalidad de violencias en la legítima defensa: 117.
promulgación de la ley: 42, 45.
propagación excesiva de la fauna: 18.
provisión de fondos al mandatarario: 88.
prudencia: 54, 99; — en el cumplimiento de las leyes: 51.
pruebas judiciales: 25.
pubertad: 66.
público, documento —: 25;
pública promesa: 87; *vid.* derecho público, orden.

Q

«*Quadragesimo anno*», encíclica sobre la subsidiariedad: 104.
quiebra fraudulenta: 85.
«*quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari*»: 8.

R

racionalismo, y derecho subjetivo: 10; — de los códigos: 42.

ratificación de los actos jurídicos: 70.
reales, derechos —: 73.
«rebaño inmortal», arriendo de —: 89.
Recepción medieval del derecho romano: 29.
«*Rechtsgeschäft*»: 65.
recopilaciones: 41.
recurso de amparo: 56.
referéndum: 37.
regiones: 111, 184.
«regla», y norma: 49; derecho «reglado»: 48.
regnum: 113; — de Dios: 112.
reivindicatoria, impropia para cosas consumibles: 90.
relación, y situación: 31; — objeto del derecho privado: 28.
renta, en el arrendamiento: 82; — fruto civil: 95, *vid.* usura.
renuncia extintiva de obligaciones: 78.
reo criminal: 60.
reparto de la tierra: 93.
representación: 7; — de las personas jurídicas: 8; — política: 115 s.
«república»: 113.
res, y *rex*: 3, 113; — publica: 113; libera —: 113; el agua, como — *communis*: 92.
rescisión de los actos jurídicos: 70 s.
resolución de los actos jurídicos: 7, 72.

responsabilidad, y libertad: 21, 69; — patrimonial: 76; — y solvencia: 3; — objetiva: 20; — penal en las personas jurídicas: 8.
«respuesta» y «pregunta»: 20.
restaurante, contrato con —: 88.
retroactividad, *vid.* irretroactividad.
retrospectiva, en la historia del derecho: 33.
revisión de sentencias: 56.
revocación de los actos jurídicos: 71.
Revolución francesa: 122.
rex: 113.
rogare: 45.
rostro humano: 5.
«rule of law»: 23.
Rusia, federación en —: 123.

S

sanción, de la ley: 45.
santidad y justicia: 53.
sastre, contrato con el —: 58.
Savigny: 29.
Schmitt: 94.
seguridad, jurídica: 55, 66, 69; — política: 100; — social: 114.
sentido común, y derecho natural: 13; — y filosofía del derecho: 34; — y presunciones: 26.
separatismo: 102, 111.
servicio, como deber del hombre: 17; — exigible y derecho: 12, 52, 73, 84; — doméstico: 105; — militar y pubertad, *vid.* objeción de conciencia; inadmisibilidad de la huelga en un — público: 83.
servidumbres, prediales: 76, 93; — «legales»: 76.
sexo, desigualdad por el —: 67 s.
silencio, en el derecho: 69; — administrativo: 26, 69.
simulación, vicio de los actos jurídicos: 70.
«sinarquía»: 115.
sincronía: 33.
«Sippe»: 105.
situación, *vid.* relación; — y derecho público: 28.
soberanía: 95, 100 ss.
sociabilidad natural del hombre: 103.
«social», el derecho no es una ciencia —: 2.
sociedad, arquetipo contractual: 80; contrato de —: 81; — «irregular»: 81; — eril: 105; — y comunidad: 105.
«socio», falso título del inversionista: 96.
Sociología, y derecho: 2.
solidaridad, y subsidiariedad: 104, 108; — en la copro-

piedad: 77; — en las obligaciones: 77.
 solvencia del deudor: 3.
 sordomudez, causa de incapacidad: 67.
status rei publicae: 100; «lo stato» en Maquiavelo: 100.
 subsidiariedad: 104, 124.
 sucesión: 75; — y representación: 7; — universal y particular: 75.
 suelo: 91 ss.; naturalidad del — público: 93.
 «sujeto» y persona: 9.
 superestado: 102, 122, 125.
superficies solo cedit: 94.
 supranacionales, organismos —: 102; *vid.* grandes espacios.
 suspensión de efectos del acto jurídico: 72.
synállagma: 71.

T

Teología, y derecho natural: 34.
 término: 72.
 territorio, y Estado: 101; *vid.* suelo.
 terrorismo, guerra sucia: 23, 118.
 testamento: 70.
 testigos: 25.
 textos, objeto de la Historia: 33.
 tiempo, y derecho: 48.
 tierra, su reparto: 93.

timonel, doble personalidad: 5.
 tiranía: 114; tiranicidio: 117.
 «títulos», división de textos jurídicos: 43; — de crédito: 76.
 tortura: 26.
 totalitarismo esencial del Estado: 101.
 «trabajo», aspecto peyorativo de la palabra: 84; contrato de —: 83; — de la mujer: 108.
 tradición de las cosas: 75.
 Tribunal, constitucional: 56, 99; — supremo: 56.
 «troncos» de los ascendientes: 68.
 tutela de incapaces: 67, 108.

U

unanimidad de votos: 8.
 unidad, del derecho civil: 29, 32; — nacional: 111.
 unificación del derecho: 36, 124.
 Unión Europea: 32, 123.
 universalismo, y catolicidad: 122.
 universidades: 110.
unus testis, nullus testis: 25.
 uso, no consuntivo de las cosas: 90; cesión de — resolutoriamente condicionado: 88.

usucapión: 74.
usufructo: 73.
usura: 86.
uxoricidio: 105.

V

«valores»: 53.
Valles de Navarra: 110.
vegetales, sensibilidad de los —: 18.
venta, a plazos: 72; *vid.* compra-venta.
veracidad: 60; deber moral: 25.

verba y facta: 2.
verdad, sólo es — la revelada: 25, 60.
vicios de la voluntad: 70.
Victimología: 121.
vigencia del derecho: 38.
vindicación penal: 121.
virtudes: 53.
vivienda familiar: 109.
«volumen» y «codex»: 42.
voluntad, de los actos jurídicos: 55, 69; *vid.* autonomía.
votaciones, en las personas jurídicas: 8; — políticas: 115 s.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS COMPLEMENTARIAS

- Papeles del oficio universitario* (Rialp, 1961).
Escritos varios sobre el derecho en crisis (CSIC, 1973).
Sistema de las ciencias, IV (EUNSA, 1977).
«Ante la crisis del contrato», en *La Ley* (Buenos Aires), XLIV, núm. 187 (1979).
Ensayos de teoría política (EUNSA, 1979).
«Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa», en *La Ley* (Buenos Aires), XLV, núm. 74 (1979).
«Los imperativos legales», en *La Ley* (Madrid), I, núm. 28 (1980).
Nuevos papeles del oficio universitario (Rialp, 1980).
«Autarquía y Autonomía», en *La Ley* (Buenos Aires), XLIV, núm. 76 (1981).
«De nuevo sobre la ley meramente penal», en *La Ley* (Buenos Aires), XLVII, núm. 200 (1982).
La violencia y el orden (Dyrsa, 1987 = Criterio-Libros, 1998).
«Una aclaración en tema de "autoridad", en *Philosophica* (Valparaíso), 12, 1989, pág. 239.
*Una introducción al estudio del derecho*⁸ (Rialp, 1989).
«Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía», en *Revista Chilena de Derecho*, 1990, pág. 439.

BIBLIOGRAFÍA

- «Responsabilidad y libertad», en *Verbo*, 327-328 (1994), pág. 803.
- Derecho y sentido común* (Civitas, 1995).
- «Ley de la ONU versus Ley de Dios», en *Razonalismo: Homenaje a Fernández de la Mora* (1995), pág. 592.
- «Liberalismo ético y liberalismo moral», en *Razón Española*, 1996, pág. 9.
- «Profilaxis policial y falacia del "Estado de Derecho"», en *Revista de Derecho Público* (Chile), pág. 39.
- «Claves conceptuales», en *Verbo*, 345-346 (1996), pág. 505.
- Derecho Privado Romano*⁹ (EUNSA, 1997).
- Parerga histórica* (EUNSA, 1997).
- La posesión del espacio* (Civitas, 1998).
- «La legítima defensa en el nuevo Catecismo de la Iglesia Católica», en *Verbo*, 365-366 (1998), pág. 441.
- «Concilio, Código, Catecismo», en *Verbo* (en prensa).

COLECCION CUADERNOS

ULTIMOS TITULOS PUBLICADOS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES:
EXTENSION, LIMITACION, PRESCRIPCION

Fernando Pantaleón

LA COMPROBACION DE VALORES
Y LAS GARANTIAS DEL CONTRIBUYENTE

Purificación Peris García

EL DERECHO A LA INVESTIGACION
DE LA PATERNIDAD

(EN EL PROCESO CON ELEMENTO EXTRANJERO)

Mónica Guzmán Zapater

(en coedición con la Universidad Nacional
de Educación a Distancia)

LAS INSTITUCIONES DEL PRINCIPADO
DE ANDORRA EN EL NUEVO MARCO
CONSTITUCIONAL

Pere Figareda i Cairol

(en coedición con el Institut D'Estudis Andorrans)

SEGURIDAD SOCIAL COMUNITARIA
Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Julia López López

SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA EN UNA TEORIA
DE UN DERECHO PENAL FUNCIONAL

Günther Jakobs

(trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez)

LA REGENERACION DE LA ADMINISTRACION
PUBLICA EN GRAN BRETAÑA

Jesús Angel Fuentetaja Pastor

y *Javier Guillén Caramés*

LA LEY, EL MERCADO Y LA INDEPENDENCIA
DEL AUDITOR

Cándido Paz-Ares

EL CONTRATO DE COMISION: COOPERACION
Y CONFLICTO

[LA COMISION DE GARANTIA]

Juan Ignacio Peinado Gracia

(en coedición con el Consejo General de los Colegios
Oficiales de Corredores de Comercio)

INTRODUCCION JURIDICA A LA HISTORIA
DEL DERECHO (2.ª ed.)

Bruno Aguilera Barchet

(en coedición con la Universidad de Extremadura)

LA PROBLEMÁTICA DE LA DISTRIBUCION
DE LA LICENCIA FISCAL Y EL IMPUESTO
SOBRE ACTIVIDADES ECONOMICAS
DE LAS CENTRALES NUCLEARES

Adolf Barceló Barceló

ESPECIALIZACION Y PROFESION MEDICA
LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LAS PROFESIONES
TITULADAS Y LA ESPECIALIZACION MEDICA
SEGUN LA JURISPRUDENCIA

Miguel Herrero de Miñón

y *Juan Fernández del Vallado*

DISCURSO PRELIMINAR AL CODIGO CIVIL FRANCES
Jean Etienne Marie Portalis

(trad. de Ignacio Cremades y Laura Gutiérrez-Masson)

SOBRE LA FE PUBLICA MERCANTIL

Adolfo Príes Picardo

EL DERECHO, LA LEY Y EL JUEZ
DOS ESTUDIOS

Eduardo García de Enterría
y *Aurelio Menéndez Menéndez*

CONTRIBUCION A UNA TEORIA
DE LA LEGISLACION

Manuel Atienza

EL TRANSPORTE DE ENERGIA ELECTRICA
(REGIMEN JURIDICO DE LA NUEVA REGULACION
DE LA ENERGIA)

Eloy Colom Piazuelo

ASOCIACIONES, DERECHOS FUNDAMENTALES
Y AUTONOMIA PRIVADA

Pablo Salvador Coderch (coordinador),
Ingo von Münch y *Josep Ferrer i Riba*

ADMINISTRACION PUBLICA Y ELECTRICIDAD
Vicente Alvarez García y *Rafael Duarte Martínez*

DERECHO Y TRABAJO

Alfredo Montoya Melgar

LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO
SOBRE EL PATRIMONIO HISTORICO ESPAÑOL
EN LA CONSTITUCION DE 1978

Alfredo Pérez de Armiñán y *de la Serna*

LA CESION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.
LA SUBCONTRATACION

Ernesto García-Trevijano Garnica

EL DELITO DE INTRUSISMO PROFESIONAL

María Dolores Serrano Tárraga

DISCRIMINACION, DERECHO
ANTIDISCRIMINATORIO Y ACCION POSITIVA
EN FAVOR DE LAS MUJERES
M.^a Angeles Barrère Unzueta
(en coedición con el Instituto Vasco de Administración Pública)

LOS PROBLEMAS DEL CONTROL JUDICIAL
DE LA DISCRECIONALIDAD TECNICA
(UN ESTUDIO CRITICO DE LA JURISPRUDENCIA)
Eva Desdentado Bonete

LA REFORMA DE LA ASISTENCIA SOCIAL
EN LOS ESTADOS UNIDOS
Francisco Javier Gómez Abelleira
(en coedición con la Universidad de La Coruña)

ALEJANDRO OLIVAN:
REFLEXIONES SOBRE SU VIDA Y SU OBRA
Sebastián Martín-Retortillo Baquer

LA DESCLASIFICACION DE LOS SECRETOS
DE ESTADO
Blanca Lozano

PANORAMA CRITICO
DEL PROCESO CIVIL ESPAÑOL (1938-1998)
Víctor Fairén Guillén

LA POSESION DEL ESPACIO
Alvaro d'Ors

EL REGIMEN JURIDICO DE LOS VERTEDEROS
DE RESIDUOS
ESTUDIO JURISPRUDENCIAL
René Javier Santamaría Arinas
(en coedición con la Universidad de La Rioja)

EL DERECHO COMO TEXTO
(CUATRO ESTUDIOS DE TEORIA COMUNICACIONAL
DEL DERECHO)

Gregorio Robles

LA CASA DE S. M. EL REY

Javier Cremades

SOBRE SECRETOS OFICIALES

Luis María Díez-Picazo

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
DERIVADA DEL FUNCIONAMIENTO
ANORMAL DE LA ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Eduardo Cobreros Mendazona

(en coedición con el Instituto Vasco
de Administración Pública)

DISCRECIONALIDAD TECNICA, MOTIVACION
Y CONTROL JURISDICCIONAL

Juan Igartua Salaverría

(en coedición con el Instituto Vasco
de Administración Pública)

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO
ALEMAN DE SOCIEDADES
DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Peter Ulmer

(trad. Jesús Alfaro Aguila-Real, anotaciones
al Derecho español Francisco José León Sanz)

LA AFECCION Y PREFERENCIA DE LOS CREDITOS
DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS
(ART. 9.5.º LPH)

Antonio Monserrat Valero

LA CONDONACION DE LA DEUDA
TRIBUTARIA EN EL MARCO
DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

María Teresa Mata Sierra